



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da **PGE**

Procuradoria-Geral do Estado RS

Nº 55
Junho/2002

**REVISTA DA
PROCURADORIA-GERAL
DO ESTADO**

**Publicação da
Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional**

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RPGE	PORTO ALEGRE/RS	V. 25	Nº 55	P. 252	2002
------	-----------------	-------	-------	--------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado,
v. 25 nº 55 - 2002 - Porto Alegre, Procuradoria-Geral do
Estado do Rio Grande do Sul, Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional.
Periodicidade Semestral
Continuação da Revista da Consultoria-Geral do Estado



ISSN 0101-1480

Catálogo pela
PGE/PIDAP

*Os artigos de doutrina não representam
necessariamente a posição desta Procura-
doria-Geral*

Todos os direitos desta edição reservados pela
Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul
Av. Borges de Medeiros, 1501
Fone: (51) 3288-1600
90119-900 - Porto Alegre - RS

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

OLÍVIO DUTRA
Governador do Estado

MIGUEL ROSSETTO
Vice-Governador do Estado

PAULO PERETTI TORELLY
Procurador-Geral do Estado

IGOR KOEHLER MOREIRA
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos

RICARDO ANTÔNIO LUCAS CAMARGO
Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

LIANE ELISA FRISTCH
Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

KATIA ELISABETH WAWRICK
Corregedora-Geral da PGE

JUSTINO ADRIANO FARIAS DA SILVA
Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional



CONSELHO EDITORIAL

Paulo Peretti Torelly
(Presidente)
Edmar Vianeí Marques Daudt
Georgine Simões Visentini
José Luis Bolzan de Moraes
Justino Adriano Farias da Silva
Marcos Antônio Miola
Ricardo Antônio Lucas Camargo

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Eliane Silveira
Jornalista Responsável
(MTPS 7183)

Andréia Regina Grams
Maria Claudia Bassi Polidori
Marlise Pasin Bergamaschi
Vera Lúcia Seelig

Impressão e acabamento

Calábria Artes Gráficas



SUMÁRIO

EDITORIAL		7
DOCTRINA (Colaboradores Externos)		11
CIDADANIA E CATARSE: REFLEXÕES A RESPEITO DOS AGENTES JURÍDICOS A PARTIR DE ANTONIO GRAMSCI	Artur Stamford	13
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	Ingo Wolfgang Sarlet	29
DOCTRINA (Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul)		
PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL	Márcia Regina Lusa Cadore Weber	77
A INCIDÊNCIA ECONÔMICA COMO EFEITO EXTRAFISCAL DO ICMS EM RELAÇÃO À POLÍTICA DE IMPORTAÇÃO DE BENS DE CONSUMO POR PARTICULARES	Paulo Rogério Bueno da Silva	93
BREVE INDICAÇÃO PARA UM ESTUDO DA CONTRIBUIÇÃO DAS CORTES INTERNACIONAIS PARA O DIREITO ECONÔMICO	Ricardo Antônio Lucas Camargo	115

PARECERES

PARECER Nº 12.606 (LICENÇA-PRÊMIO. LIMITAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.98).

José Guilherme Kliemann

131

PARECER Nº 12.620 (APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO FICTO. LEI ESTADUAL Nº 2.455, DE 6.11.54. REVOGAÇÃO. REVISÃO DA ORIENTAÇÃO TRAÇADA NOS PARECERES 10290/94-PGE, 12209/98-PGE E 12221/98-PGE).

José Guilherme Kliemann

139

LEGISLAÇÃO

Proposta de Projeto de Lei Complementar sobre Advocacia de Estado apresentada pela Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul

157

Lei Complementar nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002 (Dispõe sobre a Lei Orgânica da Advocacia de Estado, organiza a Procuradoria-Geral do Estado, disciplina o regime jurídico dos cargos da carreira de Procurador do Estado e dá outras providências).

197

PGE: AFIRMAÇÃO INSTITUCIONAL

X

PONTO CRÍTICO

A Procuradoria-Geral do Estado, desde janeiro deste ano, tem uma Lei Orgânica. Um texto que se diferencia no contexto da Advocacia Pública brasileira e que consolida, após breve e intensa tramitação legislativa, a visão da administração pública acerca do mister do Procurador do Estado.

Resta consagrado, assim, um gigantesco esforço de reestruturação administrativa, profissionalização, democratização e afirmação institucional da Advocacia Pública no Rio Grande do Sul e que nos permite comemorar mais esta edição da Revista da PGE, em que difundimos o texto da Lei Orgânica e o teor da proposta que serviu de base para o mais amplo debate ocorrido dentro da PGE, quando a comissão, instituída especialmente para sistematizar as reflexões, ensejou o aperfeiçoamento e a construção do texto final que restou aprovado por unanimidade pela Assembléia Legislativa gaúcha.

Com a edição da Lei Orgânica da PGE, o Estado do Rio Grande do Sul ganhou um instrumento vigoroso para servir ao povo na realização do interesse público e na busca de um Estado mais humano, ético, transparente e democrático, o que, com o acréscimo de Procuradores do Estado ao quadro, e a nomeação de servidores do quadro próprio da PGE, previsto no art. 119 da Constituição do Estado, constitui vida nova para a Instituição.

A ênfase na *advocacia preventiva* e a consagração da *independência funcional dos Procuradores do Estado*, sem qualquer prejuízo ao direito do Estado ao contraditório e à ampla defesa, junto com a implantação de um *procedimento de controle de legalidade* e a consagração da *eleição da maioria do Conselho Superior* da Instituição pelos Procuradores, avanços não previstos no texto básico oferecido ao debate, constituem uma apertada síntese deste verdadeiro monumento legislativo.

Os governos que agem com transparência e em sintonia com a lei não têm qualquer embaraço diante dos valores do Estado Democrático de Direito. Todavia, dentro da filosofia de trabalho que orienta a atual administração, consagrada na participação e na mais ampla liberdade de manifestação, opinião e crítica com responsabilidade, é imprescindível pensar o Direito e olhar para o Mundo que nos cerca. É nele que reside a possível felicidade dentro do compromisso social de afirmação do bem comum que compete ao Poder Público.

Assim, resta fortalecido o espaço institucional da Advocacia Pública no Rio Grande do Sul e, vale dizer, no contexto do próprio Estado Democrático de Direi-

to, mas, mais do que nunca, cabe aos Procuradores do Estado, diante do novel estatuto, seguir refletindo acerca da (im)possível neutralidade axiológica do cientista, particularmente do cientista jurídico. Cabe lembrar Reinhold Zippelius quando, em sua *Teoria Geral do Estado*, diz que “em todas as organizações modernas, não só da administração pública, mas também da economia, dos partidos, das associações e da comunicação social, coloca-se a tarefa de resolver com competência situações complexas. O instrumento, de longe mais eficiente para o efeito, é a burocracia, entendida como conjunto organizativo de funcionários especializados na matéria”. Mas o mesmo autor nos alerta que “à vantagem da especialização, da mobilização de conhecimentos detalhados da matéria, corresponde”, muitas vezes, “a ‘cegueira sectorial’ do burocrata que não vê mais do que a sua secção administrativa, e, associada a esta visão, a perda tendencial daquele saudável bom-senso que permite manter uma visão global relativamente à multiplicidade dos interesses afectados num determinado caso e ponderar estes em termos racionais”.

Desde o nascimento da ciência moderna, com a revolução científica do século XVI – Copérnico, Galileu e Newton –, vislumbramos progressos científicos significativos, mas nada tão estupendo como nos últimos 30 anos. A crença nas potencialidades tecnológicas como caminho de libertação do homem das suas carências e inseguranças, possibilitando uma sociedade de comunicação e de interatividade, ganha vigor ao mesmo tempo em que convivemos com a ameaça real de uma catástrofe ecológica ou da guerra nuclear.

Como o progresso das ciências e das artes pode contribuir na construção de um mundo de justiça e paz? De que modelo de ciência precisamos para aprimorar a sociedade e as suas relações? Qual o papel do Direito neste cenário de mudança?

A pergunta, que hoje se faz usual nos meios acadêmicos, pelo valor do conhecimento ordinário ou vulgar, revela uma crise de paradigma, que aponta Boaventura de Souza Santos, ao questionar o papel do conhecimento científico acumulado no enriquecimento ou mesmo no empobrecimento práticos da vida dos homens e das mulheres do planeta.

A luta apaixonada contra todas as formas de conhecimento dogmático como limitador da criatividade nos lembra que conhecer não significa apenas quantificar, dividir e classificar, e a liberdade pressupõe responsabilidade e não a vazia proclamação de convicções.

A natureza teórica do conhecimento científico, enquanto conhecimento causal que aspira à formulação de leis, busca prever o comportamento futuro dos fenômenos, privilegiando o funcionamento das coisas e não qual o agente ou qual

o seu fim. Nesse ponto, o conhecimento científico rompe com o conhecimento do senso comum. A idéia do mundo-máquina transforma-se nesta grande hipótese da época moderna: o mecanicismo. O pressuposto metateórico é a ordem e a estabilidade do mundo.

Vivemos, entretanto, um período de nova revolução científica que coloca em crise, mais uma vez nos termos da lúcida reflexão de Boaventura de Souza Santos, o próprio paradigma dominante da racionalidade lógico-dedutiva e, ainda que não haja uma alternativa nova, o certo é que as distinções básicas estão em questionamento. É inegável, ainda assim, que tais limites, insuficiências estruturais, do paradigma científico dominante, decorram do grande avanço no conhecimento e na tecnologia que ele propiciou. Assim, as conhecidas dicotomias do modelo de racionalidade próprio das ciências naturais e que tanto influenciaram o positivismo, mesmo diante de uma crise de paradigma, ainda orientam a ciência do Direito e estão presentes na análise dos juristas: natureza/ser humano, natureza/cultura, ser humano/animal e sujeito/objeto.

O certo é que os obstáculos para o estabelecimento de leis universais continuam intransponíveis, pois os fenômenos sociais são historicamente condicionados e culturalmente determinados. As ciências sociais não podem produzir previsões confiáveis, porque os seres humanos modificam o seu comportamento em função do conhecimento dele decorrente. Os fenômenos sociais são de natureza subjetiva e, como tal, não se deixam captar pela objetividade do comportamento. O cientista social não pode libertar-se, no ato de observação, dos valores que informam a sua prática em geral e, portanto, também a sua prática de cientista. É, portanto, na ordem democrática que poderemos vislumbrar a possibilidade de construção de consensos. Qualquer perspectiva científica do Direito que negue tal realidade estará negando o próprio compromisso civilizatório e libertário da experiência jurídica.

Debater essas e tantas outras questões, eis o grande desafio de nosso tempo. Um período crítico para a humanidade, tal qual o *ponto crítico* de Hipócrates, em que superaremos os limites de afirmação da dignidade da pessoa humana ou nele assistiremos passivos o comprometimento da própria espécie. Esse o desafio da Revista da PGE, que mais uma vez é, com renovado orgulho e contentamento, dada ao nosso conhecimento e reflexão.

Uma boa leitura!

Paulo Peretti Torelly

Procurador-Geral do Estado





DOUTRINA
(Colaboradores Externos)





CIDADANIA E CATARSE: REFLEXÕES A RESPEITO DOS AGENTES JURÍDICOS A PARTIR DE ANTONIO GRAMSCI

Artur Stamford*

1. A Idéia
2. A Vida de Antonio Gramsci
3. Bloco Histórico
4. Hegemonia
5. Intelectuais Orgânicos
6. Cidadania e Catarse
7. Bibliografia

* Mestre e Doutor em Teoria Geral e Filosofia do Direito pela UFPE. Doutorando em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UPO Sevilla-Espanha. Professor da Faculdade de Direito de Olinda (FADO), da Escola Superior da Magistratura Trabalhista da 6ª Região (ESMATRA VI) e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE).



1. A IDÉIA

Eximir-se de responsabilidades atribuindo-as a termos sem conteúdo é cooperar para a manutenção cultural da inimputabilidade social. Explico: não poucas vezes diz-se frases apontando termos como a sociedade, o povo, o sistema, a situação, os brasileiros, os americanos ou os europeus, etc. como responsáveis por induzir às atitudes ilícitas, corruptas e anti-éticas, como desviar verba pública; o que conduz à reflexão do significado da cidadania na esfera pública.

Iniciemos evitando a inversão de valores própria de frases como: “a morosidade processual é culpa do sistema burocrático”, como se os entraves deste sistema não pudessem ser detectados e evitados; “o brasileiro é preguiçoso, folião e corrupto”, como se não existissem os que trabalham em troca de esmola como o salário mínimo, cujo conteúdo jurídico está previsto no art. 6º, IV, da Constituição Federal; “não há verbas para melhorar a saúde, a habitação e a educação pública”, todavia os desvios de verba pública não alcançam índices inferiores a milhões de dólares.

Mais estranho ainda é quando se infere às normas jurídicas a responsabilidade pelo resultado de como são interpretadas e aplicadas, ou seja, de seus efeitos jurídicos e sociais; como se a decisão judicial não fosse tomada por um agente jurídico¹. Refletir sobre essa cultura de inimputabilidade social, é ao que nos propomos com este texto.

Tratar o tema da cidadania conectado à idéia de *catarsi* em Gramsci reporta-nos à reflexão dos atos humanos no aparelho do Estado, verificando as relações entre sociedade civil e sociedade política e entre a estrutura e a superestrutura. Significa, portanto, abordar as visões de mundo como propulsoras dessas ações na esfera pública, no convívio social distinto do ambiente familiar.

Em Antonio Gramsci a perspectiva que se convencionou chamar “exercício da cidadania” passa antes pelo crivo da visão de mundo – maneira como se percebe as situações, os fatos e as coisas circundantes –, fala-se então em catarse em oposição à submissão às idéias divulgadas pelo regime político dominante. Daí defender, este autor, a guerra de posição em detrimento da guerra armada.

A obra de Antonio Gramsci está na reunião de seus pronunciamentos nas sessões das Internacionais Comunistas, em artigos, cartas e notas. Alguns dos seus artigos foram escritos enquanto ele foi redator de *L'Ordine Nuovo*, jornal do Partido Comunista Italiano. Condenado à prisão, após constantes discussões com Mussolini entre 1929 e 1935, Gramsci continuou sua produção literária, escre-

1 Para um conceito de agentes jurídicos sugerimos: toda e qualquer pessoa cujo exercício de sua atividade profissional interfere nos autos processuais, como advogados, magistrados, promotores de justiça, procuradores, delegados, policiais, oficiais de justiça, correio, chefes de secretaria, etc.

vendo inúmeras notas, além de cartas à sua esposa e filhos. Os escritos do cárcere que não foram destruídos pelo regime fascista compuseram os *Quaderni del Carcere*, obra que veio a ser conhecida pelos italianos em 1945 (Gramsci, 1974: XVII).

O roteiro da reflexão que se propõe iniciará com o tema do bloco histórico, quando distinguir-se-á estrutura e superestrutura, apresentando as concepções dos contratualistas, a de Hegel e Marx, para então expor a visão gramsciana. Seguindo, o tema das classes sociais será abordado para esclarecer o papel dos intelectuais na construção da hegemonia. Enfim, da concepção de catarse tecer-se-á a perspectiva do exercício da cidadania pelos agentes jurídicos diante do exercício de sua atividade profissional.

Antes, todavia, cabe apresentar Gramsci.

2. A VIDA DE ANTONIO GRAMSCI

Aos 22 de janeiro de 1891, em Ales, ilha da Sardenha, na Itália, nasceu Antônio Gramsci, o quarto dos sete filhos de Francesco Gramsci, funcionário público, e Giusephina Marcias. Aos quatro anos de idade, devido a uma queda dos braços de sua babá, Gramsci contrai deficiência física, ficando corcunda (Gramsci, 1966: 1-7; Gramsci, 1974: VII).

A formação intelectual de Gramsci relaciona-se aos primeiros contatos com as idéias socialistas através de seu irmão mais velho, Gennaro, o qual migrou para Turim, de onde enviava-lhe o *Avanti!*, jornal do Partido Socialista Italiano (PSI). Em 1910, Gramsci adere ao “Grupo de Ação e Propaganda Antiprotecionista”, em oposição a política protecionista do governo italiano, a qual, na concepção deste grupo, prestava-se à agregação do conservadorismo dos industriais do norte e dos latifundiários do sul. Em 1911 ele ganha, por concurso, bolsa para freqüentar a faculdade de Letras na Universidade de Turim, na qual imperavam as idéias de Benedetto Croce e Giovanni Gentile, ambos, filósofos neo-hegelianos, que defendiam a filosofia humanista, opondo-se às idéias positivistas e empiristas. Estes dois pensadores, diante da Comuna de Paris e do crescimento do movimento socialista, abandonam partes da filosofia hegeliana e aderem à visão anticomunista, passando a defender o fascismo (sobre a vida de Gramsci, ler Gramsci, 1974:VIII-XXII; Coutinho, 1992: 1- 42).

Em 1913 Gramsci filia-se ao PSI. Em 1919, junto com outros do partido, lança o “L’Ordine Nuovo”, jornal que influenciou os Conselhos de Fábrica italianos. Em 1921, ele participou do nascimento do Partido Comunista d’Italia (PCI). Com as Internacionais Comunistas, reuniões promovidas para união dos partidos comunistas no mundo, em maio de 1922, Gramsci vai a Moscou como delegado do PCI. Nas eleições de abril de 1924, Gramsci é eleito Deputado, pelo PCI, ao Parlamento italiano, indo morar em Roma.

A vida familiar de Gramsci inicia-se com seu casamento com Giulia Schuchut, com quem teve dois filhos, Délío, nascido em agosto de 1924, e Giuliano, com nascimento em agosto de 1926.

Assumindo a direção do PCI este autor tem como adversário Mussolini, com quem trava constantes debates, até que, implantada a ditadura fascista, em 1926, os partidos são dissolvidos e, no mês de novembro, Gramsci é preso, aguardando julgamento no cárcere romano de “Regina Coeli”. Em 1928, mês de junho, o Tribunal Especial de Roma condena-o a 20 anos, 04 meses e 5 dias de prisão; no mês de julho é transferido ao cárcere de Turi, onde escreve inúmeras cartas à sua mulher e filhos, além das notas dos “Cadernos do Cárcere”.

Em agosto de 1931, Gramsci sofre hemorragia. Agravado seu estado de saúde, em 1933, Gramsci é levado para a enfermaria do cárcere de Civitavecchia, 70 quilômetros de Roma. Piorando sua saúde, é transferido para a clínica Quisisana, em Roma. Quando aos 27 de abril de 1937 morre de hemorragia cerebral.

3. BLOCO HISTÓRICO

A expressão soreliana **bloco histórico**, trazida ao marxismo por Gramsci, significa a estrutura geral, na qual desencadeiam-se as relações dialéticas entre a **estrutura econômica** e a **superestrutura ideológica**. Tem-se, portanto, como elementos do bloco histórico, a superestrutura e a estrutura (Gramsci, 1966: 4; Portelli, 1977: 14-17).

A dicotomia sociedade civil e sociedade política é fundamental para o estudo de temas como a governabilidade das sociedades complexas e a legitimidade. Quanto ao primeiro, a governabilidade pode ser analisada a partir da comparação entre os elementos do bloco histórico, partindo do princípio de quanto maior o descompasso entre as demandas da sociedade civil e a capacidade das instituições estatais em responder a tais demandas, mais acentua-se a ingovernabilidade (Bobbio, 1986: 36).

Em relação à legitimidade – vista por Weber como a capacidade adquirida por uma ordem de deter o prestígio de ser reconhecida como obrigatória e modelo, orientador das ações sociais (Weber, 1996: 25-26) – “a sociedade civil representa o lugar onde se formam os poderes de fato que tendem a obter uma legitimação própria, inclusive em detrimento de poderes legítimos” (Bobbio, 1986: 36).

Gramsci distingue-se dos demais autores por entender que a sociedade civil e a sociedade política fazem parte da superestrutura.

3.1 – Superestrutura

3.1.1 - Sociedade Civil

Distinguem-se várias acepções à expressão sociedade civil. A primeira delas é a pré-estatal, com a doutrina jusnaturalista, defensora da existência de

formas de associação humana anteriores ao Estado; a segunda é a anti-estatal, divulgada pela visão axiológica que concebe a sociedade civil como o lugar das transformações das relações de domínio, das lutas pela emancipação do poder político, esta é vista como uma concepção negativa, pois do ponto de vista do Estado, concede-se a sociedade civil anti-estatal porque desagradadora; a terceira acepção é a pós-estatal, prevista por aqueles que falam na extinção do Estado, quando ocorrerá a absorção da sociedade política pela civil (Bobbio, 1986: 35).

Conceituar sociedade civil como “a esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado” (Bobbio, 1986: 33), corresponde a retirar a esfera pública de seu conteúdo, o que não avança muito a discussão antes envia-a à distinção entre a esfera pública e a esfera privada.

a - Conceito Contratualista

O conceito jusnaturalista promana dos contratualistas como Hobbes, Leibniz, Locke, Rousseau e Kant (Bovero e Bobbio, 1991: 14). Não que suas idéias se assemelhem, mas têm elementos comuns, como o recurso à expressão **natureza humana** para legitimar seus discursos.

Partindo da idéia de haver uma vida humana em um estágio natural, formula-se a doutrina contratualista, defendendo-se a passagem do estado de natureza para o estado civil, onde constitui-se o convívio social civilizado (Bobbio, 1992: 1206-1207; Bovero e Bobbio, 1991: 49-84).

A concepção de Thomas Hobbes, quanto à vida em sociedade, parte da idéia de que esta não é a natureza humana, mas resultado de seu instinto de conservação, pois em seu estado natural prevalece o instinto do egoísmo, a luta de todos contra todos (Hobbes, 1974: 82, 79 e 137; Gramsci, 1991c: 200). Diante de ameaça à preservação da espécie é que os seres humanos se unem, o que não se dá com as abelhas e as formigas. O convívio social entre os seres humanos, então, dá-se artificialmente, para o que recorre-se à formulação das leis civis, com o pacto social, o qual é artificial e precário, portanto, incapaz de garantir a paz, já que sempre haverá quem pretenda ter mais força e poder. Desse raciocínio, Hobbes defende o contrato social como a renúncia dos membros de um grupo em favor do soberano, pregando o absolutismo como melhor forma de governo, pois, escolhido, o soberano deve procurar estabelecer a paz aos membros do corpo social. Constrói-se, assim, a noção de sociedade civil. Nesta concepção, o estado civil é algo novo e elimina totalmente o estado de natureza (Bobbio, 1992: 119).

John Locke procurou eliminar a idéia de conhecimento inato, acusando-o de preconceituoso. Para este autor, o ser humano nasce livre e em igualdade. O direito à propriedade é natural e anterior à sociedade civil, pois provém do trabalho, relação dos seres humanos com as coisas, daí a passagem do estado de natureza para o estado de civilização. A vida natural está exposta à inclinação de buscar beneficiar a si próprio e a seus amigos. Dessa forma os homens se reúnem em sociedade para evitar o arbítrio da execução das leis naturais, as quais têm

conteúdo incerto (Locke, 1974: 41-45). Para evitar isso, o ser humano passou ao estado de civilização, com a sociedade política, através do contrato. Neste contrato não ocorre renúncia de direitos, diz Locke, o soberano é agente e executor da soberania do povo, por isso não há que se falar em melhor forma de governo, esta é a que o povo decidir. O estado civil, assim, garante a conservação do estado natural, não se fala em eliminação (Bobbio, 1992: 119).

Em Jean-Jacques Rousseau há total inversão das idéias de Hobbes. Rousseau defende que no estado de civilização desencadeia-se a discórdia e a luta constante dentre os seres humanos. No estado de natureza o ser humano nasce bom, todavia, no estado de civilização ele se corrompe (Rousseau, 1974: 25). Assim é porque o ser primitivo sabe viver segundo suas condições inatas, o que não acontece na vida civilizada, onde se dá a degeneração da moral através da intelectualidade, a qual afasta o ser humano de seus sentidos, de sua animalidade, conduzindo-os à estupidez da limitação intelectual e a abusos, provenientes da vaidade. A liberdade natural deve ser reestabelecida na sociedade civil, por isso o contrato social, o qual contém direitos e deveres para ambas as partes - soberano e povo -, é rescindível, pois somos livres para aceitar ou não as cláusulas contratuais, “cada um unindo-se a todos, obedece, porém, apenas a si mesmo e permanece livre”. A soberania é inalienável, não pode ser renunciada nem partilhada, sob pena da perda da dignidade, porém pode ser delegada ao soberano, daí a lei ser um ato da vontade geral e expressão da soberania. A visão deste autor assemelha-se à de Hobbes quanto à sobreposição do estado civil sobre o estado natural, ou seja, aquele elimina este.

Enfim, sociedade civil, na visão dos contratualistas, é um momento resultante da passagem do estado de natureza para o civilizado. Aqui, sociedade civil é o que hoje é chamado de Estado (Bobbio, 1986: 38). Não há, aqui, a distinção sociedade civil e sociedade política, fundamental em autores como Hegel, Marx e Gramsci.

b – O Conceito em Gramsci

Antes de falar sobre a visão gramsciniana de sociedade civil, vejamos as de Hegel e Marx, os quais põem a sociedade civil no plano da estrutura.

Em Hegel, o Estado não se dá com a eliminação do estado de natureza, como em Hobbes e Rousseau, nem com o aperfeiçoamento da sociedade natural, como em Locke e Kant. Estado é um momento novo, onde ocorre a conservação e a superação da sociedade civil. É Hegel o primeiro autor a usar esta expressão, concebendo-a como o conjunto das relações econômicas, onde forma-se a distinção das classes sociais (Portelli, 1977: 19), ou seja, o “sistema das necessidades” (Bobbio, 1991: 188). Hegel contrapõe sociedade civil e sociedade política, devido à passagem do estágio anárquico para um momento superior, pois, devido à racionalidade, a qual liberta os seres humanos, alcança-se a sociedade política. Sociedade civil é, pois, o momento pré-político, é a fase anterior, é a antítese da

sociedade política, do Estado, onde impera a ética, em contraposição à miséria e à corrupção.

Já Karl Marx conceitua a sociedade civil como o conjunto da estrutura econômica e social de determinado período. Não que Marx seja totalmente oposto a Hegel, entre eles há certa continuidade de pensamento, porém suas idéias não se assemelham em todos os pontos (Bovero e Bobbio, 1991: 108-110). Vendo o Estado como o aparelho onde se dá a violência concentrada e organizada da sociedade, Marx sobrepõe o Estado - o qual não liberta os seres humanos, apenas cria uma ilusão de liberdade - à sociedade civil, lugar do intercâmbio das forças produtivas (Portelli, 1977: 19). Difere de Hegel no que tange a idéia de superação, quer dizer, o Estado não é um instante historicamente de superação, mas de reflexo da sociedade civil. Para Marx o Estado é: o aparelho coercitivo; dominador de classes, por conservar os interesses da classe dominante; e subordinado à sociedade civil, por refleti-la.

Gramsci apresenta uma visão distinta dos demais autores ao não contrapor sociedade civil à sociedade política. Recorrendo à expressão bloco histórico, este autor aborda a organização política de uma sociedade como resultado das relações, do processo dialético entre os componentes deste bloco, o qual corresponde à reciprocidade necessária entre a estrutura e a superestrutura, formando o processo dialético real, onde: “o conjunto complexo e discorde das superestruturas são reflexos dos conjuntos das relações sociais de produção²” (Gramsci, 1991a: 48; Coutinho, 1992: 75).

Concebendo por estrutura o ambiente das necessidades e a superestrutura como o momento da intelectualidade, da ideologia, Gramsci põe a sociedade civil não como elemento da estrutura, como fez Hegel e Marx, mas da superestrutura, ao lado e paralela à sociedade política.

Sociedade civil, portanto, é conceituada como o conjunto dos órgãos privados, os quais respondem pelas relações ideológicas e culturais, produzindo a hegemonia política de um grupo social sobre o conjunto da sociedade (Portelli, 1977: 20-21).

A concepção gramsciniana de sociedade civil reporta à ideologia, a qual é vista como concepção de mundo que se manifesta na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações da vida individual e coletiva (Portelli, 1977: 23; Gramsci, 1991c: 82). Gramsci aponta como erro, atribuir ao conceito de ideologia tanto o sentido de superestrutura necessária a uma determinada estrutura, como o sentido de elocubrações arbitrárias de um indivíduo. Para evitar tal erro, distingue-se “ideologias historicamente orgânicas, que são necessárias a uma

2 *La struttura e le superstrutture formano un «blocco storico», cioè L'insieme complesso e discorde delle soprastrutture sono il riflesso dell'insieme dei rapporti sociali di produzione. ... Il ragionamento si basa sulla reciprocità necessaria tra struttura e superstruttura (reciprocità che è appunto il processo dialettico reale).*

certa estrutura, e ideologias arbitrárias, racionalísticas, «desejadas». Enquanto historicamente necessárias têm uma validade que é validade «psicológica», essa organiza a massa humana, formando o terreno no qual os homens se movem, adquirindo consciência das suas posições, lotações, etc. Enquanto «arbitrárias», não criam mais que «movimentos» individuais, polêmicas etc.; (não são completamente inúteis nem mesmo essas, porque são como os erros que se contrapõem à verdade e as afirmam (Gramsci, 1991a: 59). Assim, a sociedade civil comporta três características gerais: a de **ideologia da classe dirigente**, por envolver todos os ramos ideológicos como a arte, a economia e o direito; de **concepção de mundo**, resultado da capacidade de a classe dirigente divulgar e transmitir sua visão para toda a sociedade através dos níveis da filosofia, da religião, do senso comum e do folclore; e, por fim, a de **direção ideológica** da sociedade, quando articula a ideologia propriamente dita, a “estrutura ideológica” - as organizações que a criam e difundem - e o material ideológico - instrumentos técnicos de difusão da ideologia, como as escolas, a mídia, bibliotecas etc. (Portelli, 1977: 22).

3.1.2 Sociedade Política

No seio da superestrutura está, além da sociedade civil, a sociedade política, que é o aparelho coercitivo do Estado, ou governo jurídico, responsável por “conformar as massas populares ao tipo de produção econômica de um determinado momento histórico”, assegurando “‘legalmente’ a disciplina dos grupos que recusam seu acordo, seja ativo ou passivo; no entanto, é constituído para o conjunto da sociedade, em previsão dos momentos de crise no comando e na direção, quando falha o consenso espontâneo” (Portelli, 1977: 30).

Uma das características da sociedade política, prolongamento da sociedade civil, é agrupar as atividades da superestrutura que têm a função de coerção. Assim, essas atividades realizam-se em duas situações: uma habitual e uma excepcional. Na primeira, controlam os grupos sociais divergentes, como as classes subalternas que não aceitam a direção da classe fundamental, dirigente, lançando mão da coerção mais ou menos “legal” para manter sua dominação. Na segunda hipótese, da situação excepcional, há uma crise orgânica, ou seja, “a classe dirigente perde o controle da sociedade civil e apóia-se na sociedade política para lograr manter sua dominação” (Portelli, 1977: 31; Gramsci, 1991c: 103).

Vê-se, portanto, que sociedade política e Estado não são sinônimos. Sociedade política é o âmbito da intelectualidade, da dominação da ideologia, é a sociedade formada pelos intelectuais orgânicos cuja função é representar sua classe social originária. O Estado não se confunde com esse conceito, inclusive porque seu aparelho coercitivo pode não exercer o monopólio da força em nome da classe dirigente, pois, “para sufocar uma crise orgânica, a sociedade política pode

suscitar, no seio da sociedade civil, organizações para-militares que se integrarão ao Estado, uma vez terminada a missão” (Portelli, 1977: 32).

As relações entre a sociedade civil e a sociedade política desenvolvem-se no seio da superestrutura, pois “não existe sistema social em que o consentimento seja a base exclusiva da hegemonia, nem Estado em que um mesmo grupo possa, somente por meio da coerção, continuar a manter-se de forma durável a sua dominação” (Portelli, 1977: 32), pois é utópico conceber que do Estado-classe se forma a sociedade regulada. Esta utopia está no fato de que não se pode construir a igualdade econômica com leis arbitrárias, com um ato de vontade, etc. (Gramsci, 1991d: 160).

3.2 – Estrutura

A estrutura do bloco histórico é o mundo da produção, ou seja, é o lugar das relações entre o ser humano e suas atividades profissionais, sendo, pois, definida como “o conjunto das forças sociais e do mundo da produção” (Portetti, 1977: 45; Gramsci, 1991a: 47). O processo de produção, portanto, reporta ao estudo da atividade-trabalho, o que envolve a relação entre o mundo material e o mundo social e a distinção das classes sociais.

Outro binômio é maquinista versus a máquina. Neste, a realidade resulta da relação ser humano e máquina, onde o trabalhador não mais se vê no resultado de seu trabalho, antes procede-se um cálculo de produtividade onde as vontades pessoais devem moldar-se ao cálculo das vontades alheias; a produção volta-se a um mercado, controlado não pelos produtores, mas pelos empresários.

Para Gramsci, o estudo da **estrutura** do bloco histórico é um estudo histórico, do passado, por isso dinâmico e dialético, pois ela não pode ser analisada no presente, quando está em fase de formação. É imprescindível que o momento histórico da estrutura se concretize totalmente, para a análise dos modos de produção de certa fase histórica da humanidade. Estrutura, portanto, não é o conjunto de leis objetivas e imutáveis, antes, é onde se verifica a constante criação e estabelecimento dos modos de comportamento.

Assim, há que se falar em relação orgânica entre estrutura e superestrutura no seio do bloco histórico. Para Gramsci uma sociedade não evolui aquém de suas potencialidades, pois o ser humano detém a característica da conservação da espécie, a qual impede-o de lançar-se no vazio, sem qualquer perspectiva.

A superestrutura comporta uma relação de dependência com a estrutura, ou seja, a classe dominante não arrisca ultrapassar os limites da estrutura. Esses limites são: primeiro, “nenhuma sociedade se impõe tarefas para cujas soluções não existam já as condições necessárias e suficientes, ou para as quais estas não estejam ao menos em via de surgimento e de aparecimento”; segundo, que nenhuma sociedade se desenvolve e pode ser substituída sem antes desenvolver to-

das as formas de vida implícitas em suas relações³” (Gramsci, 1991a: 50; Gramsci, 1991d: 85). Gramsci remonta essa idéia de Marx, em “Introdução à Crítica da Economia Política”, onde diz que “uma formação social não perece antes de desenvolver todas as forças de produção para a qual ela se apresenta suficiente e outras formas de relações de produção não tenham tomado seu lugar, antes que as condições materiais de existência do meio estejam germinadas no seio da velha sociedade. Por isso, a humanidade se põe apenas para aquelas tarefas que pode resolver; se se observa com cuidado se verificará que a tarefa surge apenas onde há condições materiais a sua solução, existindo já ou ao menos estando em processo de seu devir” (Gramsci, 1991a: 51). Isto conduz ao conceito de hegemonia, ou seja, da direção cultural, trazido por Ilitch (Lenin), no sentido de formação de alianças de classes voltada à direção e dominação da sociedade, o que envolve o controle das sociedades civil e política (Portelli, 1977: 62-63).

3.3 – Relações no Bloco Histórico

No bloco histórico dá-se duas espécies de relações: a primeira é a relação entre sociedade civil e sociedade política, dentro da superestrutura; e a segunda é entre a superestrutura e a estrutura.

Como na concepção gramsciana a sociedade civil e a sociedade política localizam-se na superestrutura, no estudo da relação entre estas sociedades está o tema da hegemonia, da disputa entre ideologias na pretensão de formar um consenso, o que envolve os mecanismos desenvolvidos pela classe dominante para obter o consenso social em torno de sua perspectiva ideológica, como a cooptação dos intelectuais da classe subalterna.

Ilustrando a visão de bloco histórico em Gramsci, tem-se o desenho abaixo:



3 No original tem-se: “Occorre muoversi nell’ambito di due principii: 1) quello che nessuna società si pone dei compiti per la cui soluzione non esistano già le condizioni necessarie e sufficienti o esse non siano almeno in via di apparizione e di sviluppo; 2) e quello che nessuna società si dissolve e può essere sostituita se prima non há svolto tutte le forme di vita che sono implicite nei suoi rapporti. No livro “Notas sobre Maquiavel, sobre a política e sobre o Estado Moderno”, Gramsci trata esses limites como princípios da filosofia política: “Due principii fondamentali di scienza politica: 1) che nessuna formazione sociale scompaia fino a quando le forze produttive che si sono sviluppate in essa trovano ancora posto per un loro ulteriore movimento progressivo; 2) che la società non si pone compiti per la cui soluzione non siano già state covate le condizioni necessarie ecc.”.

4. HEGEMONIA

O conceito de hegemonia envolve as relações do bloco histórico, pois trata da pretensão de monopólio intelectual, o que reporta ao controle econômico, político e social de determinada formação social.

Mesmo Lenin não utilizando o termo hegemonia em sua obra, Gramsci atribui-lhe origem deste termo e diz que para Lenin hegemonia significa ditadura do proletariado, quando o capitalismo burguês será superado com a tomada de poder pelos trabalhadores, daí defender a obtenção da hegemonia com o emprego da violência (Portelli, 1977: 62).

Hegemonia corresponde aos “mecanismos de dominação e direção exercido por uma classe social sobre toda a sociedade em determinado momento histórico”, sendo função dos intelectuais organizá-la. Nas sociedades capitalistas a sociedade política, composta por aparelhos administrativo-burocrático e político-militar, permite à classe dominante manter o controle do bloco histórico, reprimindo e disciplinando os grupos sociais de oposição, bem como a sociedade civil dispõe de instituições responsáveis por elaborar e divulgar a ideologia dominante para formar o consenso, promovendo a manutenção no poder da classe dos que o detêm (Schlesener, 1992: 17-18).

Neste sentido, tem-se a hegemonia como resultado da guerra passiva, e não da guerra de posição, através da direção ideológica. A guerra pacífica é, para Illich (Lenin), a única forma possível de mudanças na sociedade ocidental, na qual a relação entre o Estado e a sociedade civil comporta o controle do manancial ideológico; em oposição está Bronstein com sua teoria da guerra frontal, a guerra de posição (Gramsci, 1991d: 84; Buci-Glucksmann, 1980: 396).

Gramsci fala em revolução passiva expondo as visões de Vincenzo Couco e as disputas entre Cavour, divulgador da guerra pacífica, e Mazzini, defensor da guerra de manobras, ou guerra frontal; concluindo diz que a guerra de manobras não realiza uma verdadeira revolução, mas uma mudança dos detentores do poder, da classe dominante, por não promover transformações na ideologia dominante devido à falta de preparação política ideológica, a qual é indispensável à construção de uma ordem social diversa da capitalista (Gramsci, 1991d: 89). Para a superação da ideologia capitalista prescinde que o comando da sociedade política seja absorvido pela sociedade civil. A realização de tal transformação se dá por meio dos intelectuais orgânicos.

A atividade desempenhada por esses intelectuais é o que pretendemos trabalhar como exercício da cidadania, por sua função de efetivar a hegemonia no seio do bloco histórico.

5. INTELECTUAIS ORGÂNICOS

O papel dos intelectuais no bloco histórico tem por princípio básico: “qualquer grupo que aspire ao poder tem necessidade de intelectuais a seu serviço, para forçar sua dominação” (Macciocchi, 1977: 193; Gramsci, 1991b: 3).

24 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 13-28, 2002

Outra distinção, além de localizar a sociedade civil na superestrutura, de Gramsci para os pensadores ditos comunistas é conceber que toda e qualquer camada social produz seus filósofos, seus intelectuais, opondo-se, assim, à idéia de que os intelectuais constituem uma camada social específica (Macciocchi, 1977: 186-187). Esta diferença é, por alguns autores, chamada de “estranha mudança de apreciação” (Buci-Glucksmann, 1980: 257).

Ao abordar a “questão meridional” italiana - o bloco agrário, onde travam-se as lutas camponesas - Gramsci aponta a existência de intelectuais representantes da classe dos latifundiários e dos da classe do campesinato. A produção de um consenso ideológico - maneira de ver o mundo - passa justamente pelo crivo dessas diferenças intelectuais.

Esta mesma idéia é passada para o bloco industrial, quando as classes sociais dos empresários e dos empregados desenvolvem seus intelectuais. Uma diferença, no entanto, está na formação do “intelectual coletivo”, os sindicatos dos empregados e os patronais.

Seja qual for, portanto, a espécie do bloco histórico, há o vínculo orgânico entre a classe social e seus intelectuais.

Destingue-se, pois, duas espécies básicas de intelectuais. Os intelectuais tradicionais, também chamados de dogmáticos, que se mostram como especialistas, autônomos e independentes de suas camadas sociais, no entanto terminam reproduzindo os imperativos dominantes.

A outra espécie são os intelectuais orgânicos, representantes dos interesses e das concepções de sua classe social originária; têm, por isso, uma força orgânica, a que interliga os proletários à superestrutura, permitindo a promoção de uma nova hegemonia, processo este penoso, difícil e incerto (Buci-Glucksmann, 1980:481-482; Macciocchi, 1977: 197-203). “A missão do intelectual orgânico é empreender e realizar a ‘reforma intelectual e moral’ que leva toda a massa a ascender ao *status* de intelectual, rompendo com a antiga subordinação do povo à cultura tradicional e reconciliando-o com sua própria cultura”, isto é possível devido ao movimento dialético incessante que liga a filosofia surgida na própria massa à filosofia mais elaborada, formando o consenso ideológico e promovendo o novo bloco histórico (Macciocchi, 1977: 199).

Analisando o bloco ideológico, Gramsci aponta a capacidade de os intelectuais da classe dominante exercerem um poder de atração, subordinando os intelectuais das demais camadas sociais às idéias da classe dominante, formando-se um “sistema de solidariedade”, ou processo de assimilação, vinculando os intelectuais à ideologia da classe dominante (Buci-Glucksmann, 1980:488; Macciocchi, 1977: 194; Portelli, 1977: 66).

Os intelectuais orgânicos, portanto, realizam a hegemonia sociedade civil e sociedade política, ao promover o vinculado social e econômico da camada social que representam à superestrutura do bloco histórico, ou seja, à ideologia dominante, o que envolve, também, a relação estrutura e superestrutura.

A idéia então é transformar todos em intelectuais, pois assim forma-se a nova ideologia, combatendo a subordinação e reprodução das idéias da classe dominante. Ser, portanto, intelectual orgânico é exercitar a cidadania. Para melhor compreensão desta idéia recorre-se ao termo **catarse**.

6. CIDADANIA E CATARSE

Considerando que ser cidadão significa representar sua classe social originária, Gramsci aponta como característica da classe dirigente sua capacidade de isolar os movimentos das classes dominadas através da cooptação de seus intelectuais, promovendo-se melhorias nas condições de vida dos que lideram e se destacam nos movimentos sociais. Assim a classe dominante anula a força renovadora desses movimentos transformando os intelectuais em aspirantes à classe dirigente, devido à modificação de seu padrão de vida econômica, o que provoca grande transformação em sua visão de mundo, conseqüentemente, em sua concepção ideológica.

Em relação a essa cooptação, Gramsci apresenta a idéia de *catarsi*, que é “a passagem do momento meramente econômico (ou egoístico-passional) para o momento ético-político, isto é, a elaboração superior da estrutura em superestrutura na consciência humana” ... “é a passagem da necessidade à liberdade” (Gramsci, 1991a: 48-49). Catarse é a perspectiva de os seres humanos não mais pensarem a partir do estômago e passarem a raciocinar através do intelecto, noutras palavras: enquanto se raciocina pelo estômago, não há como realizar mudanças estruturais no sistema capitalista de produção, onde a necessidade, o mundo do ter, comanda em lugar da racionalidade intelectual.

Transferindo esta idéia de cidadania aos atores jurídicos, já que a governabilidade e a legitimidade passa pelo crivo destes profissionais, trabalha-se com essas categorias, as quais são estritamente ligadas as suas tomadas de decisões, conseqüentemente, à forma que dão ao funcionamento do sistema jurídico. Atribuir às normas jurídicas o conteúdo das decisões jurídicas, bem como todo e qualquer defeito do sistema jurídico é negar a interferência humana na eficácia jurídica e social do Direito. Significa considerar que a respeitabilidade, a segurança transmitida à sociedade e a perspectiva de não se denegrir a normatividade é diretamente proporcional à postura dos agentes jurídicos.

Não pense, entretanto, o leitor, que se defende o arbítrio nos julgados, que os magistrados, p. ex., julguem a partir de convicções pessoais. A pretensão não é essa. A postura da arbitrariedade opõe-se à idéia de juiz cidadão. A idéia que se pretende transmitir é evitar a cultura da inimizabilidade social dos atores jurídicos, é que partindo-se de normas não se conclui nada, assim como só de fatos não se julga.

A relação, portanto, mundo jurídico e mundo social se dá nos termos da atitude profissional dos agentes jurídicos, atitude esta que não se esgota com a

positivação das normas, pois a aplicação do direito positivo, porque posto por uma vontade humana, ocorre através da realização de um outro processo de positivação, que é a tomada de decisão judicial.

O problema do Direito não está na positividade, na previsão normativa. Em países como o Brasil melhor seria se as leis fossem rigidamente cumpridas, se assim fosse qual seria, por exemplo, o salário mínimo nacional? O problema repousa na eficácia, jurídica e social. O problema da eficácia é uma questão de aplicabilidade, de como as normas estão sendo empregadas, do como o direito está funcionando.

A cidadania, então, em relação ao Direito, está no âmbito da decisão judicial, do como os atores jurídicos têm explorado e trabalhado os textos legais. Trata-se de catarse, da passagem do pensar pelo estômago passando a raciocinar com o intelecto. Isto requer uma abdicção, não o regime de fome, mas o de cidadania. Quantos não são os juristas que ao ingressarem na carreira passam a ganhar dinheiro e mudam seu discurso, chegando mesmo a atuar vingando-se da classe social de origem?

Não há que pensar em um modelo de cidadania a ser empregado e seguido pelos atores jurídicos. Esta é uma idéia sem cabimento. Nosso objetivo neste texto é simplesmente alertar para o lugar da cidadania judicial, a saber: a decisão judicial. Aqui o jurista não se limita a depositar nos textos legais a culpa pelo resultado da decisão, compete assumir um grau de responsabilidade pelas conseqüências sociais da escolha tomada. Isso não implica que o magistrado, por exemplo, assuma a qualidade de “o vilão da história”, há as conseqüências imprevisíveis, o que pretendemos é chamar a atenção para a cidadania depositada nas mãos dos atores jurídicos. Fazer do Direito um instrumento de obstáculo às transformações sociais ou de mecanismo propulsor de transformações sociais não depende de haver a norma jurídica estatal e sim de o como ela será aplicada.

Ser um jurista cidadão significa fazer uso dos textos legais não visando benefício próprio, não aplicando a “lei de Gérson” (“o que importa é se dar bem”), mas consciente do papel ativo no funcionamento do direito estatal. Enfim, um jurista cidadão é capaz de executar a catarse ao deixar de pensar pelo estômago. Na pior das hipóteses, como diz Boaventura: “devemos correr o risco de uma magistratura consciente” (1997: 185). Idéia que pode ser abrangida a todos os atores jurídicos.

7. BIBLIOGRAFIA

- BOBBIO, Norberto (1986). **Estado, Governo e Sociedade. Para uma Teoria Geral da Política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BOBBIO, Norberto (1991). **Estudos sobre Hegel. Direito, Sociedade Civil, Estado**. São Paulo: UNESP/Brasiliense.
- BOBBIO, Norberto (1992). "Sociedade Civil". Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. **Dicionário de Política**. Brasília: Edunb.
- BOVERO, Michelangelo e BOBBIO, Norberto (1991). **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. São Paulo: Brasiliense.
- BUCCI-GLUCKMANN, Christinne (1980). **Gramsci e o Estado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- COUTINHO, Carlos Nelson (1992). **Gramsci. Um Estudo sobre seu Pensamento Político**. Rio de Janeiro: Campus.
- GRAMSCI, Antonio (1966). **Concepção Dialética da História**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- GRAMSCI, Antonio (1974). **Lettere dal Carcere**. Torino: Einaudi.
- GRAMSCI, Antonio (1991a). **Il Materialismo Storico e la Filosofia di Benedetto Croce**. Torino: Riuniti.
- GRAMSCI, Antonio (1991b). **Il Risorgimento**. Torino: Riuniti.
- GRAMSCI, Antonio (1991c). **Passato e Presente**. Torino: Riuniti.
- GRAMSCI, Antonio (1991d). **Notte sul Maquiavelli, sulla Política e sullo Stato Moderno**. Torino: Riuniti.
- HOBBS, Thomas (1974). "Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil". **Os Pensadores** (vol. XIV). São Paulo: Abril Cultural.
- LOCKE, John (1974). "Segundo Tratado sobre o Governo". **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural.
- MACCIOCCHI, Maria-Antonietta (1977). **A Favor de Gramsci**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- PORTELLI, Hugues (1977). **Gramsci e o Bloco Histórico**. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques (1974). "O Contrato Social". **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (1997). "A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça". **Pela Mão de Alice: o Social e o Político na Pós-modernidade**. São Paulo: Cortês, pp. 161-186.
- SCHLESNER, Anita Helena (1992). **Hegemonia e Cultura: Gramsci**. Curitiba: editora da UFPR.
- WEBER, Max (1996). **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura Económica.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA *

Ingo Wolfgang Sarlet**

1. Considerações introdutórias
2. A crise do estado social de direito e a crise dos direitos fundamentais na era da globalização
3. Definição quanto à terminologia e conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988
4. Funções e classificação dos direitos fundamentais: os direitos sociais como direitos negativos e positivos
5. O problema da eficácia dos direitos fundamentais sociais
6. Considerações finais
7. Referências bibliográficas

* O presente estudo foi originalmente publicado com o título “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, veiculado na coletânea por mim organizada sob o título Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. As ligeiras modificações introduzidas limitaram-se ao título e algumas referências nas notas da parte introdutória, além da inclusão de alguma bibliografia.

** Juiz de Direito no RS. Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor de Direito Constitucional na PUC/RS, onde também leciona a disciplina “Constituição e Direitos Fundamentais” no Mestrado em Direito.



1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS:

No limiar do terceiro milênio, podemos afirmar que os direitos fundamentais são construção definitivamente integrada ao patrimônio comum da humanidade. Resultantes do processo de constitucionalização (iniciado no final do século XVIII) dos assim denominados direitos naturais do homem, passaram a ser objeto de reconhecimento também na esfera internacional, de modo especial a partir do impulso vital representado pela Declaração da ONU, de 1948, hoje já com meio século de existência. É justamente sobre estes direitos fundamentais (ou, pelo menos, parte deles), que, há mais de duzentos anos, têm contribuído para o progresso moral da humanidade, que iremos centrar a nossa atenção. A inevitável amplitude do tema e os estreitos limites deste ensaio impõem, todavia, uma delimitação temática. Assim, optamos por discorrer sobre a problemática específica dos direitos fundamentais sociais na nossa Lei Fundamental, isto é, na ordem jurídico-constitucional pátria. A delimitação justifica-se, de outra parte, em face da natureza peculiar desta espécie de direitos fundamentais, notadamente por serem os direitos sociais os que mais tem suscitado controvérsias no que diz com sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência e suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização, seja no plano internacional, seja na esfera do direito constitucional comparado e pátrio.¹ No mais, cuidando-se de abordagem centrada na perspectiva constitucional (ou estatal),² deixaremos, em princípio, de discorrer sobre a já referida proteção internacional dos direitos fundamentais, ainda que, vez por outra, venhamos a fazer alguma alusão sobre esta outra perspectiva de abordagem e forma de positivação dos direitos fundamentais da pessoa humana.³

1 Sobre a proteção internacional existe farta literatura, especialmente sobre o pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1966, bem como sobre o reconhecimento e proteção dos direitos sociais no âmbito europeu. Dentre a praticamente inesgotável literatura, vale referir Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1995. Viabilizando uma relativamente atualizada e completa visão panorâmica sobre o panorama europeu, no que diz com o regime jurídico-constitucional, v. Julia Hiopoulou-Strangas (éd), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de L'Union européenne.*, Baden-Baden: Nomos, 2000.

2 Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, pp. 11 e ss., que nos fala, além da perspectiva constitucional, de uma perspectiva filosófica (ou jusnaturalista) e de uma perspectiva internacional (ou universalista) de abordagem dos direitos fundamentais.

3 Cumpre destacar que a opção pela perspectiva nacional não significa, em absoluto, uma desconsideração da relevância da dimensão internacionalista, notadamente num mundo globalizado e cada vez mais marcado pela complexa interdependência e interpenetração entre a ordem jurídica interna e internacional. Para além disso, como de resto, teremos o ensejo de verificar no presente ensaio, a inquestionável dependência dos direitos fundamentais sociais, especialmente no tocante à sua efetivação, das circunstâncias econômicas, sociais e políticas vigentes de cada Estado e na ordem mundial, não pode ser negligenciada, ainda que não venha a constituir o objeto central do presente estudo. Ainda neste contexto, vale lembrar o já reconhecido – ao menos pelo prisma do direito positivo – direito ao desenvolvimento, igualmente de alta relevância para a problemática dos direitos sociais.

Antes de mais nada, porém, empreenderemos a tentativa de - ainda que de forma tímida e meramente exemplificativa - tecer algumas considerações sobre o contexto histórico, político e, acima de tudo, sócio-econômico: em suma, a respeito do pano de fundo no qual fatalmente se insere a problemática dos direitos fundamentais nos dias atuais. Assim, não poderíamos deixar de fazer referência à crise do Estado Social e ao impacto da globalização econômica e das doutrinas de matriz neoliberal sobre os direitos fundamentais, de modo especial, os direitos sociais, registrando, todavia, que de maneira alguma pretendemos aprofundar e esgotar - até mesmo por falta de formação específica - a gama de questões econômicas, sociais e políticas que o problema suscita. Superada esta etapa introdutória, passaremos a analisar alguns aspectos que dizem com os direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional. Mesmo aqui, pelas razões já apontadas, priorizaremos os aspectos ligados ao conteúdo, significado e eficácia destes direitos, renunciando a qualquer pretensão de esgotamento da temática.

2. A CRISE DO ESTADO SOCIAL DE DIREITO E A CRISE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

Em artigo veiculado na imprensa nacional, o economista Roberto Campos, de forma irônica e não sem uma ponta de cinismo, alertava os leitores para aquilo que denominou de “armadilhas semânticas”, dentre as quais destacou a expressão “social”, sustentando que o termo “social-democracia”, assim como “justiça social”, não passam de “bobagens semânticas”, já que inexistente democracia que não seja social, ao passo que o segundo termo pressupõe a existência de “um clube de justiceiros capazes de distinguir, melhor que o mercado, entre quem merece e quem não merece”.⁴ Se efetivamente cumpre reconhecer que as expressões referidas pelo ilustre articulista (a exemplo de tantas outras) são de conteúdo extremamente indeterminado e aberto, passíveis das mais diversas interpretações, além de revelarem uma certa redundância, não é menos certo afirmar que o pensamento ora reproduzido, traduz, de forma significativa, a essência da doutrina neoliberal e, principalmente, o descaso com o qual ao menos parte de seus seguidores tratam temas e valores essenciais (por mais que se procure negar) para a humanidade.

Que todo o Estado, toda a democracia e até mesmo toda a Justiça são, em última análise, fenômenos ligados à vida humana em sociedade, realmente parece elementar (pelo menos, desde Aristóteles), sendo, portanto, absolutamente dispensáveis as referências feitas pelo ilustre economista (e não serão os termos “economia” e “neoliberalismo” eles próprios uma “armadilha semântica”?). Quando, no entanto, se pode afirmar que a expressão “social”, agregada aos termos

4 V. edição do Jornal Zero Hora (RGS), do dia 14.02.99, p. 14.

“Estado”, “Democracia” e “Justiça” (assim como ao termo “Direito”) sempre teve a função de ressaltar uma alteração substancial de conteúdo e significado dos referidos termos ao longo da História, ainda que não de forma similar nos mais variados quadrantes, verifica-se que a terminologia utilizada pode até ser objeto de controvérsia, mas certamente não se reduz a uma mera “bobagem semântica”. A evolução do assim chamado Estado Liberal para o Estado Social de Direito (apenas o segundo seria uma “armadilha” ou “bobagem semântica”?) certamente representou para a humanidade bem mais do que um mero capricho semântico. Da mesma forma, haveríamos de reconhecer que todos os ilustres juristas, economistas, sociólogos, políticos e filósofos que fizeram e ainda fazem largo uso destas expressões (de Marx e Lassale a Tony Blair, Bobbio, Gomes Canotilho e, entre nós, Paulo Bonavides), nada mais foram ou são do que “bobos” ou, na melhor das hipóteses, vítimas “das armadilhas semânticas” criadas pela fértil imaginação humana ao longo dos tempos.

Já que iniciamos pelo aspecto “semântico” da questão, cumpre evitar que nos enredemos na própria teia e sejamos, também nós, vítimas das armadilhas das quais nos falava o ilustre articulista, um dos mais destacados e ferrenhos representantes do pensamento liberal (no melhor estilo “neo”) pátrio. Assim, até por falta absoluta de espaço para enfrentarmos o problema, haveremos de partir do consenso, em termos do que se poderia chamar de “acordo semântico”, a respeito da terminologia “Estado Social de Direito”, que aqui utilizaremos ao invés de outras expressões, tais como “Estado-Providência”, “Estado de Bem-Estar Social”, “Estado Social”, “Estado Social e Democrático de Direito”, “Estado de Bem-Estar” (“Welfare State”).⁵ Muito embora nem todos atribuam às expressões referidas exatamente o mesmo sentido, e respeitadas as diferenças entre os diversos modelos, cumpre reconhecer que, mesmo cada uma das terminologias utilizadas, já (mas não exclusivamente) pela sua inevitável abertura semântica, tem sido objeto das mais diversas interpretações e definições quanto ao seu conteúdo e significado. Todas, porém, apresentam, como pontos em comum, as noções de um certo grau de intervenção estatal na atividade econômica, tendo por objetivo assegurar aos particulares um mínimo de igualdade material e liberdade real na vida em sociedade, bem como a garantia de condições materiais mínimas para uma existência digna. Neste contexto, para justificarmos a nossa opção dentre as variantes

5 Não desconhecemos a tendência, entre nós sustentada com fortes argumentos por Lênio Luis Streck e José Luís Bolzan de Moraes, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, de se adotar a terminologia “Estado Democrático de Direito”, modelo de Estado, que, dentre outros aspectos, representaria um plus normativo em relação ao Estado Social de Direito. Especificamente sobre a evolução do Estado Liberal de Direito ao Estado Social de Direito, v. também a paradigmática contribuição de Paulo Bonavides, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, assim como, mais recentemente, José Luís Bolzan de Moraes, *Do Direito Social aos Interesses Transindividuais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

apontadas, entendemos que o assim denominado “Estado Social de Direito” constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, na medida em que, por outro lado, se trata de um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social.⁶ Como se percebe, também nós, mais cedo ou mais tarde, acabamos por nos tornar vítimas de uma ou mais “armadilhas semânticas”.

Visto o que entendemos, ainda que sumariamente, por Estado Social de Direito, e movimentando-nos - ainda - no âmbito das premissas sobre as quais se assenta este estudo, cumpre registrar a circunstância, mais do que reconhecida, de que este Estado Social de Direito (mesmo que utilizada qualquer das terminologias referidas) encontra-se gravemente enfermo, enfermidade esta que - de forma mais ou menos aguda - vem afetando todos os Estados que se enquadram no molde citado, acarretando, para cada indivíduo (seja na Alemanha ou na França, seja na Argentina ou no Brasil) uma preocupação constante com a manutenção de seu padrão de vida e até mesmo com sua sobrevivência, na medida em que cada perda de um local de trabalho, cada corte nas prestações sociais, cada aumento de tributos para cobrir o déficit público, invariavelmente, afeta diretamente o cotidiano da vida humana, razão pela qual se pode sustentar que a crise do Estado Social de Direito é, também, uma crise da sociedade.⁷

Para além disso, cumpre fazer referência ao fato de que a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise da democracia. Consoante assinalou Boaventura Santos, em recente e significativo ensaio, a fase que vivenciamos é marcada pela afirmação do que se tem denominado de “consenso liberal”, que, por sua vez, desdobra-se em quatro outros “consensos”: a) o consenso econômico neoliberal ou “consenso de “Washington”, que se manifesta, em especial, na globalização econômica e suas conseqüências (liberalização dos mercados, desregulamentação, privatização, cortes das despesas sociais, concentração do poder nas empresas multinacionais, etc.); b) o consenso do Estado fraco, caracterizado, também e aparentemente de forma paradoxal, pelo enfraquecimento e desorganização da sociedade civil; c) o consenso democrático liberal, isto é, por uma concepção minimalista da democracia; e d) o consenso do primado do Direito e dos Tribunais, que prioriza a propriedade privada, as relações mercantis e o setor privado.⁸ Inobstante a íntima vinculação e influência recíproca entre os quatro “consensos” referidos pelo ilustre cientista social lusitano, é de destacar, nesta quadra da exposição, que a citada concepção minimalista da democracia, por sua vez elemento integrante e conseqüência direta do “consenso liberal”, tem

6 Aderimos aqui, ainda que com alguma variação, à conceituação de H.-F. Zacher, in: HBStR I (1987), Rdnr. 96.

7 Neste sentido, v.o nosso estudo “Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: AJURIS 73 (1998), p.210 e ss.

8 Cf. Boaventura Souza Santos, *Reinventar a Democracia*, pp. 17-19.

gerado um gradativo enfraquecimento da democracia e, portanto, do Estado de Direito (necessariamente democrático), de modo especial, se encarados sob uma ótica não meramente formal, fenômeno este que, por sua vez, acabou influenciando diretamente os direitos fundamentais.

Na medida em que os efeitos nefastos da globalização econômica e do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão sócio-econômica e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, têm gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais,⁹ além de reforçar a dominação do poder econômico sobre as massas de excluídos, verifica-se que até mesmo a noção de cidadania como “direito a ter direitos” (Celso Lafer) encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, aquilo que Boaventura Santos denominou de um autêntico “fascismo societal”, notadamente nos países periféricos e em desenvolvimento. Dentre as diversas formas de manifestação desta nova forma de fascismo, tal como descrito pelo autor referido, cumpre destacar a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em “zonas civilizadas”, onde as pessoas - ainda - vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizadas por uma espécie de retorno ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto de manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, fenômeno que Boaventura Santos designou de “fascismo do Estado paralelo”.¹⁰

9 Cumpre registrar, neste sentido, a advertência de José Eduardo Faria, *Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica*, in: J.E. Faria (Org) *Direito e Globalização Econômica*, p. 127 e segs, em instigante ensaio sobre o tema.

10 V. Boaventura Santos, *Reinventar a Democracia*, pp. 23 e ss., o qual ainda menciona outras formas de manifestação do fascismo, igualmente relevantes para o contexto dos direitos fundamentais, quais sejam: a) o “fascismo paraestatal”, que diz com a usurpação das prerrogativas estatais de coerção e regulação social por parte de atores sociais poderosos, fenômeno intimamente ligado ao “fascismo contratual”, no qual se aprofunda o desequilíbrio contratual e se busca a transformação do contrato de trabalho num contrato de direito civil, assim como ao “fascismo territorial”, caracterizado pelo controle de partes do território nacional por atores sociais poderosos; b) o “fascismo da insegurança”, caracterizado pela manipulação da insegurança das pessoas e grupos sociais, operando por meio da desmoralização dos serviços estatais de executar as políticas sociais de saúde, segurança social, habitação e educação, gerando a ilusão de que a solução reside na privatização destes serviços, o que se verifica com a expansão dos seguros de saúde e fundos de pensão privados; c) o “fascismo financeiro”, o qual comanda os mercados financeiros, a especulação financeira, atuando num “espaço-tempo virtualmente global e instantâneo” que, “combinado com a lógica de lucro especulativa que o sustenta, confere um imenso poder discricionário ao capital financeiro, praticamente incontrolável, apesar de suficientemente poderoso para abalar, em segundos, a economia real ou a estabilidade política de qualquer país.” (v. Boaventura Santos, pp. 24-37).

Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral - resultantes da opressão sócio-econômica - acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros “sujeitos de direito”, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹¹ Assim, percebe-se que a redução do Estado, que de há muito - ainda mais sob a forma do Estado Social de Direito - transitou do papel de “vilão” (no sentido de inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos, certamente nem sempre significa um aumento de liberdade e democracia.

Com efeito, no âmbito da globalização econômica e da afirmação do pensamento neoliberal, verifica-se que a redução do Estado, caracterizada principalmente pela desnacionalização, desestatização, desregulação e diminuição gradativa da intervenção estatal na economia e sociedade, tem ocasionado, paralelamente ao enfraquecimento da soberania interna e externa dos Estados nacionais (sem que se possa, contudo, falar em seu desaparecimento), um fortalecimento do poder econômico, notadamente na esfera supranacional.¹² De acordo com José Eduardo Faria, o gradativo enfraquecimento do Estado nacional acarreta, dentre outros aspectos, o fenômeno da “desterritorialização” da política, já que esta, com a proliferação de mecanismos de auto-regulação econômica, acaba perdendo o seu papel como instância privilegiada de decisão e deliberação, de tal sorte que “as decisões políticas tornam-se condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que representam, mais do que um mero indicador, um verdadeiro princípio normativo responsável pela fixação de rigorosos limites às intervenções reguladoras dos Estados nacionais.”¹³ Assim, percebe-se facilmente que a crise do Estado Social de Direito é, também e de certa forma, a crise do Estado nacional, o qual, assim como a própria noção de soberania estatal, encontra-se igualmente submetido à prova e carece de uma profunda reavaliação.

A partir do exposto, tomando como premissa a idéia de que a crise do Estado Social é, também, uma crise da sociedade, da democracia e da cidadania, não nos será difícil sustentar - a exemplo do que já tem ocorrido no seio da doutrina - a existência de uma crise dos direitos fundamentais, crise que - à evidência - será mais ou menos aguda, quanto maior for o impacto dos efeitos negativos da globalização econômica e da ampla afirmação do paradigma neoliberal, de modo especial nos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, até mesmo

11 Cf. J. E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, pp. 145-46.

12 Cf. a lição, entre outros, de J. Gorender, *Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização*, in: *Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais*, p. 80 e segs., que, no entanto, sustenta a manutenção do papel de destaque do Estado nacional.

13 Cf. J.E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, p. 142.

diante de seu grau de dependência dos países industrializados, dependência esta que tende a se tornar cada vez maior, aprofundando, por sua vez, os sintomas da crise já referida.

Sem que tenhamos a pretensão de aprofundar a discussão e rastrear todas as causas e sintomas desta “crise dos direitos fundamentais”, verifica-se que o aumento da opressão sócio-econômica, vinculado a menor ou maior intensidade do “fascismo societal”, tem gerado reflexos imediatos no âmbito dos direitos fundamentais, inclusive nos países desenvolvidos. Dentre estes reflexos, cumpre destacar: a) a intensificação do processo de exclusão da cidadania, especialmente no seio das classes mais desfavorecidas, fenômeno este ligado diretamente ao aumento dos níveis de desemprego e subemprego, cada vez mais agudo na economia globalizada de inspiração neoliberal;¹⁴ b) redução e até mesmo supressão de direitos sociais prestacionais básicos (saúde, educação, previdência e assistência social), assim como o corte ou, no mínimo, a “flexibilização” dos direitos dos trabalhadores;¹⁵ c) ausência ou precariedade dos instrumentos jurídicos e de instâncias oficiais ou inoficiais capazes de controlar o processo, resolvendo os litígios dele oriundos, e manter o equilíbrio social, agravando o problema da falta de efetividade dos direitos fundamentais e da própria ordem jurídica estatal.¹⁶

Esta assim denominada crise dos direitos fundamentais, ao menos na sua feição atual, a despeito de ser aparentemente mais aguda no âmbito dos direitos sociais (em função da redução da capacidade prestacional do Estado, da flexibilização dos direitos trabalhistas, etc.), é, contudo, comum a todos os direitos fundamentais, de todas as espécies e “gerações”, além de não poder ser atribuída, no que diz com suas causas imediatas, exclusivamente ao fenômeno da globalização econômica e ao avanço do ideário e da “praxis” neoliberal. Basta, neste contexto, apontar para o impacto da tecnologia sobre a intimidade dos indivíduos (de modo especial no âmbito da sociedade informatizada), sobre o meio-ambiente, isto sem falar no desenvolvimento da ciência genética, experiências com a reprodução humana,

14 A este respeito, v. também J.E. Faria, *Democracia e Governabilidade*, pp. 143 e segs.

15 É em face desta erosão crescente dos direitos econômicos e sociais, agregada ao aumento da pobreza e níveis de desemprego estrutural, que Boaventura Santos oportunamente refere a ocorrência de uma passagem dos trabalhadores de um “estatuto da cidadania” para um “estatuto de lumpencidadania”, isto é, para uma “cidadania de trapos”, em se fazendo uma tradução literal do alemão. (v. ob. cit., p. 19).

16 Neste sentido, v. J.E. Faria, *Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão*, in: *O Mundo da Saúde*, vol. 22 (1998), pp. 74 e segs., alertando para a perda de uma parte significativa da jurisdição por parte do direito positivo e instituições oficiais, em face do policentrismo que caracteriza a economia globalizada, gerando, para além disso, um avanço das formas inoficiais ou não-oficiais de resolução dos conflitos, de tal sorte que se coloca a indagação de como os direitos fundamentais podem ser assegurados de forma eficiente pelo poder público quando este é relativizado pelo fenômeno da globalização, no âmbito do qual a política perde para o mercado seu papel de instância privilegiada de deliberação e decisão.

etc., demonstrando que até mesmo o progresso científico pode, em princípio, colocar em risco direitos fundamentais da pessoa humana.

Especificamente no que diz com os direitos sociais, cumpre destacar que nunca foram objeto de um reconhecimento consensual, além de sempre terem sido tratados, pelo menos predominantemente, de forma diferenciada, especialmente quanto à sua efetivação. Se isto já era verdade antes de se falar propriamente de uma crise do Estado Social de Direito, caracterizado justamente pelo reconhecimento e garantia de direitos sociais básicos, mais ainda este fenômeno se torna angustiante nos dias de hoje.

Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.

Cumpre, ainda no que diz com este aspecto, fazer uma breve alusão ao pensamento de Norberto Bobbio, ao sustentar que a paz, a democracia e os direitos fundamentais da pessoa humana constituem três momentos necessários do mesmo movimento histórico: a paz atua como pressuposto necessário para o reconhecimento e efetiva proteção dos direitos fundamentais, ao passo que não poderá haver democracia (considerada como a sociedade dos cidadãos, titulares de certos direitos) onde não forem assegurados os direitos fundamentais, da mesma forma que sem democracia não existirão as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.¹⁷ A paz, contudo, não deverá, salvo melhor juízo, ser encarada apenas sob o prisma bélico (no sentido de ausência de guerra entre os povos e Estados), mas sim como paz nas relações sócio-econômicas e até mesmo interpessoais e afetivas em geral. A efetividade dos direitos fundamentais - de todos os direitos - depende, acima de tudo, da firme crença em sua necessidade e seu significado para a vida humana em sociedade, além de um grau mínimo de tolerância e solidariedade nas relações sociais, razão, aliás, pela qual de há muito se sustenta a existência de uma terceira dimensão (ou "geração") de direitos fundamentais, oportunamente designada de direitos de fraternidade ou solidariedade. A preservação

17 V. N. Bobbio, *A Era dos Direitos*, p. 1.

do meio ambiente, o respeito pela intimidade e vida privada, a proteção da criança e do adolescente, a igualdade entre homens e mulheres, a liberdade de expressão, dependem de um ambiente familiar e de relações afetivas sadias e responsáveis, enfim, de muito mais do que um sistema jurídico que formalmente assegure estes valores fundamentais, assim como de Juízes e Tribunais que zelem pelo seu cumprimento.

Por fim, oportuno registrar que cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade. Sem que tenhamos condições de desenvolver este aspecto, constata-se uma crescente descrença nos direitos fundamentais. Estes, ao menos na compreensível ótica da massa de excluídos, ou passam a ser encarados como verdadeiros “privilégios” de certos grupos (basta ver a oposição entre os “sem-terra” e os “com-terra”, os “sem-teto” e os “com-teto”, bem como entre os “com-saúde-e-educação” e os que a elas não têm acesso). Da mesma forma, chama a atenção o quanto têm crescido as manifestações, nos mais diversos segmentos da população, em prol da pena de morte, da desconsideração por princípios elementares do Estado de Direito, tais como o da ampla defesa, do contraditório, da vedação de penas cruéis e desumanas, etc. Quem abre as páginas dos jornais e se depara com depoimentos de cidadãos, apoiando e até mesmo elogiando, a atitude de integrantes da polícia militar que, após terem detido e imobilizado o autor de um simples furto, passaram a espancá-lo diante das câmeras da televisão, evidentemente não poderá deixar de repetir a pergunta tão significativa que nos foi feita a todos - e que todos deveríamos nos fazer diariamente - em conhecida canção do repertório nacional (Renato Russo): “que país é este?!”.

Feitas estas considerações gerais, na tentativa de delinear, ao menos esquemática e exemplificativamente, a conjuntura na qual se insere, não apenas a problemática da crise do Estado Social de Direito e a crise dos direitos fundamentais, mas, de modo especial, o contexto que caracteriza - de forma particularmente aguda - a nossa própria realidade constitucional, voltemo-nos à análise da problemática dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, tema precípuo deste estudo, o que, por sua vez, pressupõe uma breve incursão no âmbito conceitual e terminológico, assim como algumas considerações em torno das funções e da classificação dos direitos fundamentais na nossa Constituição.

3. DEFINIÇÃO QUANTO À TERMINOLOGIA E CONCEITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Cientes da ausência de um consenso até mesmo na esfera terminológica e conceitual, acabamos por optar pela terminologia “Direitos Fundamentais”, aderindo à fórmula adotada pelo Constituinte (na epígrafe do Título II de nossa Carta),

que, por sua vez, se harmoniza com a tendência identificada no constitucionalismo mais recente, principalmente a partir da Lei Fundamental da Alemanha, de 1949.¹⁸ Além disso, cumpre frisar o caráter anacrônico e substancialmente insuficiente dos demais termos habitualmente utilizados na doutrina nacional e estrangeira, visto que, ao menos em regra, atrelados a categorias específicas do gênero direitos fundamentais.¹⁹ Ademais, sustentamos ser correta a distinção traçada entre os direitos fundamentais (considerados como aqueles reconhecidos pelo direito constitucional positivo e, portanto, delimitados espacial e temporalmente) e os assim denominados “Direitos Humanos”, que, por sua vez, constituem as posições jurídicas reconhecidas na esfera do direito internacional positivo ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem jurídico-positiva interna.²⁰ Com efeito, ainda que se possa e deva reconhecer uma crescente interpenetração, caracterizada particularmente pela influência recíproca entre as esferas internacional e constitucional (diga-se de passagem, expressamente consagrada na nossa Constituição, especialmente no seu art. 5º, § 2º), inexistem dúvidas quanto a seu distinto tratamento, de modo especial, o grau de eficácia alcançado, diretamente dependente da existência de instrumentos jurídicos adequados e instituições políticas e/ou judiciárias dotadas de poder suficiente para a sua realização.

Além dos aspectos já considerados, importa consignar, todavia, que os direitos humanos e os direitos fundamentais compartilham de uma fundamentalidade pelo menos no aspecto material, pois ambos dizem com o reconhecimento e proteção de certos valores, bens jurídicos e reivindicações essenciais aos seres humanos em geral ou aos cidadãos de determinado Estado, razão pela qual se poderá levar em conta tendência relativamente recente na doutrina, no sentido de utilizar a expressão “Direitos Humanos Fundamentais”, terminologia que abrange as esferas nacional e internacional de positivação.²¹ Assim, é a fundamentalidade na sua perspectiva formal – que se encontra intimamente ligada ao direito constitucional positivo – que irá, em última análise, distinguir os direitos fundamentais constitucionais. Na Constituição de 1988, esta fundamentalidade formal recebeu especial dignidade, revelando-se não apenas na hierarquia normativa superior das normas constitucionais em geral, mas principalmente no fato de que, de acordo com o disposto no art. 5º, § 1º da nossa Carta Magna, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Além disso, encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas

18 Assim também nas Constituições de Portugal (1976), Espanha (1978), Turquia (1982) e da Holanda (1983).

19 Neste sentido, v. J. A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pp. 157 e ss.

20 A respeito do problema terminológico, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 29 e ss.

21 Assim, entre nós, M.G. Ferreira Filho, *Direitos Humanos Fundamentais*, 1996, e A. Moraes, *Direitos Humanos Fundamentais*, 1997.

até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram – ao menos de acordo com o nosso entendimento – o rol das “cláusulas pétreas” do art. 60, § 4º, inc. IV, da CF.

Assim, com base no nosso direito constitucional positivo, e integrando a perspectiva material e formal já referida, entendemos que os direitos fundamentais podem ser conceituados como aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui consideramos a abertura material consagrada no art. 5º, § 2º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais).²²

4. FUNÇÕES E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS NEGATIVOS E POSITIVOS

4.1 A multifuncionalidade e a classificação dos direitos fundamentais na nossa Constituição

Principalmente a partir da constatação de que os direitos fundamentais assumem, na ordem constitucional, uma dupla perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva, exercendo um leque diversificado de funções na ordem jurídica,²³ mas também pelo fato de que o Constituinte de 1988 foi diretamente influenciado, quando da formação do catálogo dos direitos fundamentais, pelas diferentes teorias sobre estes formuladas, a doutrina vem sustentando a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que consensualmente já não se restringem mais à fun-

22 Sobre o conceito de direitos fundamentais, v. o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, pp. 78 e ss., ressaltando-se que a conceituação proposta baseou-se na definição de R. Alexy (*Teorie der Grundrechte*, p. 407), mas levou em conta as especificidades de nossa ordem constitucional positiva.

23 Em que pese o ainda tímido desenvolvimento desta dupla perspectiva dos direitos fundamentais em nossa doutrina, tem sido reconhecido, também entre nós (neste sentido, v. P. Bonavides, Curso de Direito Constitucional, pp. 481 e ss. e pp. 532 e ss.), que os direitos fundamentais podem, em princípio, ser considerados tanto na sua condição de direitos subjetivos, quanto como elementos objetivos fundamentais da comunidade (assim a lição de K. Hesse, Grundzüge, p. 127). Como bem ressaltou o ilustrado jurista espanhol Pérez Luño, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais (in: *Los Derechos Fundamentales*, pp. 20-1). A respeito da dupla perspectiva dos direitos fundamentais v. também o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 138 e ss.

ção de direitos de defesa contra os poderes públicos, nem podem ser reduzidos à noção de direitos subjetivos públicos.²⁴

Com base nesta premissa – que aqui não temos condições de desenvolver – verificamos que uma classificação dos direitos fundamentais que pretenda um certo grau de relevância prática não poderá desconsiderar nem a diversidade de funções exercidas, nem a distinta e complexa estrutura normativa dos direitos fundamentais. Portanto, sem que estejamos a minimizar o valor de outros critérios classificatórios, consideramos que apenas uma classificação sistemática, calcada em critérios objetivos, funcionais e diretamente embasados nas especificidades do direito constitucional positivo poderá ser de efetiva utilidade prática. Neste contexto, reportamo-nos à classificação proposta pelo ilustre jusfilósofo alemão R. Alexy,²⁵ pelo menos parcialmente adotada (inobstante com as devidas adaptações ao direito positivo) pelo eminente publicista de Coimbra, J.J. Gomes Canotilho.²⁶

Afastando-nos de formulação anterior sobre este tema,²⁷ entendemos que uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada e que, por sua vez, tenha como ponto de partida a perspectiva multifuncional, poderia partir – na esteira de Alexy e Canotilho – da distinção entre dois grandes grupos: os direitos fundamentais na condição de direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática e jurídica). O segundo grupo – dos direitos a prestações -, dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos, quais sejam, os direitos a prestações em sentido amplo (englobando, por sua vez, os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestações em sentido estrito, salientando-se que a ambos se aplica a distinção entre direitos derivados e originários a prestações, que será oportunamente retomada.²⁸

24 Cf., por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, pp. 522 e ss. Entre nós, cumpre citar, entre outros, G.F. Mendes, in: CDTFP n.º 3 (1993), p. 23.

25 A classificação de Alexy (que divide os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações), parte de uma estreita vinculação com uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos com sede na Constituição, no sentido de posições subjetivas individuais justiciáveis, distinguindo-os de normas meramente objetivas (Theorie der Grundrechte, p. 405).

26 V. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, pp. 552 e ss.

27 Referimo-nos aqui à classificação por nós proposta na tese de doutoramento apresentada perante a Universidade de Munique, Alemanha, publicada pela editora Peter Lang, de Frankfurt, sob o título “Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz” (A Problemática dos Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Brasileira e na Lei Fundamental da Alemanha), na qual – em virtude do objetivo específico de oferecermos uma visão panorâmica sobre os direitos fundamentais na nossa Constituição – optamos por um modelo classificatório mais atrelado à sistemática (ou assistemática?) do texto constitucional, e não rigorosamente baseado num critério funcional.

28 A respeito da problemática da classificação dos direitos fundamentais, reportamo-nos também ao nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 153 e ss.

4.2 Os direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações

4.2.1 Os direitos fundamentais como direitos de defesa

De acordo com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade.²⁹ Esta concepção, muito embora já não corresponda plenamente à realidade contemporânea, continua ocupando lugar de destaque, já que, como averba K. Hesse, mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre seus semelhantes, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder, bem como pelo fato de que mesmo num Estado de Direito os poderes públicos correm o risco de praticar injustiças.³⁰ Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e lhe outorgando um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.³¹

Com base no exposto, percebe-se, desde logo, que os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.³² A título de síntese e de acordo com a plástica formulação de Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos”.³³

29 Cf., dentre outros, A. Bleckmann, *Die Grundrechte*, p. 247.

30 Cf. K. Hesse, *Grundzüge*, p. 131.

31 V., por todos, C. Starck, in: *von Mangoldt-Klein*, p. 84 e, mais recentemente, M. Sachs, in: M. Sachs (Org), *Grundgesetz*, p. 80. No direito luso-brasileiro, citem-se, por exemplo, J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552, e, por último, E. Pereira de Farias, *Colisão de Direitos*, p. 84.

32 Esta a lição de G. Manssen, *Staatsrecht I*, p. 13.

33 Cf. J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p. 552.

Os direitos fundamentais na sua função defensiva caracterizam-se, portanto, essencialmente, como direitos negativos, dirigidos precipuamente a uma conduta omissiva por parte do destinatário (Estado ou particulares – na medida em que se pode admitir uma eficácia privada dos direitos fundamentais). Abrangem, além dos assim denominados direitos de liberdade, a igualdade perante a lei, o direito à vida e o direito de propriedade, os quais integram o que se convencionou chamar de primeira geração dos direitos fundamentais. No mais, fazem parte deste grupo todos os direitos fundamentais que objetivam, em primeira linha, a proteção de certas posições jurídicas contra ingerências indevidas, de tal sorte que, em princípio, se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade (em todos os seus aspectos), assegurando, além disso, uma esfera de autodeterminação (autonomia) do indivíduo.³⁴ Percebe-se, pois, que o espectro dos direitos de defesa, os quais podem ser enquadrados no “status negativus e/ou libertatis” do qual já nos falava Jellinek,³⁵ é de uma amplitude ímpar, englobando também as garantias fundamentais (direitos-garantia), os direitos políticos, proteção da intimidade e vida privada, parte dos direitos sociais e até mesmo os novos direitos contra manipulações genéticas e a assim denominada liberdade de informática e o direito a autodeterminação informativa.

4.2.2 – Os direitos fundamentais como direitos a prestações

Vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, assegurada pelos direitos de defesa (ou função defensiva dos direitos fundamentais), a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.³⁶ Assim, enquanto os direitos de defesa (“status libertatis e status negativus”) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações, que, de modo geral, e ressalvados os avanços que podem ser registrados ao longo do tempo, podem ser reconduzidos ao “status positivus” de Jellinek, implicam postura ativa do Estado, no sentido de

34 Cf. K. Stern, in: *HBStR* V, pp. 70-1.

35 Sobre a multicitada teoria dos quatro “status” de Georg Jellinek, desenvolvida na obra “Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos”, no final do século XIX, v., entre outros, a apresentação e crítica de R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 230 e ss.

36 Cf., dentre tantos, Pieroth-Schlink, *Grundrechte*, p.19, e W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 624, este último recepcionado, entre nós, por G.F. Mendes, in: *CDTFP* n° 3 (1993), p. 28.

que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).³⁷

Os direitos fundamentais a prestações, inobstante possam ser referidos alguns precedentes, ainda que isolados e tímidos,³⁸ enquadram-se no âmbito dos assim denominados direitos de segunda geração (ou dimensão), correspondendo à evolução do Estado de Direito, na sua matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, consagrando-se apenas neste século, principalmente após a Segunda Guerra Mundial. Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional.³⁹

Para além do exposto, importa ter presente que também os direitos a prestações abrangem um feixe complexo e não necessariamente uniforme de posições jurídicas, que podem variar quanto a seu objeto, seu destinatário e até mesmo quanto à sua estrutura jurídico-positiva, com reflexos na sua eficácia e efetivação. Assim, conforme o seu objeto, poder-se-á distinguir os direitos a prestações em direitos a prestações materiais ou fáticas e direitos a prestações normativas ou jurídicas.⁴⁰ Neste contexto, há que atentar para o fato de que os direitos a prestações não se restringem aos chamados direitos sociais, entendidos como direitos a prestações fáticas, englobando também os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento. Distingue-se, portanto, entre os direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e participação na organização e procedi-

37 Neste sentido, v., por exemplo, C. Starck, in: von Mangoldt-Klein, p. 86. Entre nós, v. a lição de R. D. Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, pp. 129 e ss., baseada principalmente na doutrina de R. Alexy. Mais recentemente, v. E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, pp. 86 e ss., arrimado nos ensinamentos de Gomes Canotilho, Vieira de Andrade e Alexy.

38 É o caso, por exemplo, da Constituição Francesa de 1793 e, entre nós, da Constituição Brasileira de 1824, que previa um direito a instrução primária gratuita (art. 179, inc. XXXII) e, sob certo aspecto, um direito a assistência social, ao prever uma garantia dos socorros públicos (art. 179, inc. XXXI), revelando, de tal sorte, uma certa preocupação com o social mesmo em plena fase do constitucionalismo liberal-burguês.

39 A este respeito, bem como sobre a caracterização dos direitos a prestações, v. o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 185 e ss.

40 Este o entendimento, entre nós, de E. Pereira de Farias, Colisão de Direitos, p. 87, baseado no entendimento do mestre lusitano Vieira de Andrade.

mento), que, de certa forma, podem ser reconduzidos primordialmente ao Estado de Direito na condição de garante da liberdade e igualdade do “status negativus”, e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações sociais materiais), vinculados prioritariamente às funções do Estado Social.⁴¹

Por derradeiro, costuma-se classificar, sob outro critério, os direitos a prestações em direitos derivados e direitos originários a prestações, classificação esta que alcança tanto os direitos prestacionais em sentido amplo e restrito. Sob a rubrica de direitos derivados a prestações, compreendem-se, em síntese, de acordo com a formulação de Gomes Canotilho, tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade.⁴² Já no que diz com os direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como direitos dos cidadãos ao fornecimento de prestações estatais, independentemente da existência de um sistema prévio de oferta destes bens e/ou serviços por parte do Estado, em outras palavras, direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram.⁴³

4.3 Os direitos fundamentais sociais como direitos negativos (defesa) e direitos positivos (prestações)

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático. Basta, contudo, uma breve mirada sobre o extenso rol de direitos sociais da nossa Constituição, para que não se possa desconsiderar

41 Sobre a distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito v. o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, pp. 190 e ss., a partir da paradigmática formulação de R.Alexy, Theorie der Grundrechte, pp. 395 e ss.

42 Cf. J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 553, que, inspirado na doutrina germânica, conclui que os direitos derivados a prestações podem ser considerados, no sentido referido, como direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estatais na medida das capacidades existentes.

43 Neste sentido, v. H. von Heinegg/U. Haltern, in: JÁ 1995, p. 337. Assim também W. Krebs, in: JURA 1988, p. 626 e K. Hesse, in: EuGRZ 1978, p. 433. Para J.J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 554, pode afirmar-se a existência de direitos originários a prestações quando, “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”

que o nosso Constituinte, sob a denominação genérica de “Direitos Sociais”, acolheu dispositivos (e, portanto, normas neles contidas) da natureza mais diversa possível, o que evidentemente suscita uma série de dificuldades quando se cuida da tarefa de obter uma definição constitucionalmente adequada, assim como uma correta classificação dos direitos fundamentais sociais na nossa ordem constitucional vigente. Diversamente de outras ordens constitucionais, inexistem dúvidas quanto à terminologia a ser adotada, já que o Constituinte expressamente utilizou a expressão “direitos sociais” (leia-se direitos fundamentais sociais). A problemática restringe-se, portanto, à pergunta sobre qual o sentido (conteúdo) a ser imprimido à expressão, o que, de outra parte, nos remete também para o problema da classificação dos direitos fundamentais sociais.

De acordo com a tradição de nossa doutrina, os direitos fundamentais sociais têm sido compreendidos como direitos a prestações estatais,⁴⁴ havendo ainda quem os enquadre na doutrina das liberdades públicas, conceituando os direitos sociais como a liberdade positiva do indivíduo de reclamar do Estado certas prestações.⁴⁵ Considerados resultado de uma evolução que radica na já referida Constituição Francesa de 1793 e que passa pela assim denominada “questão social” do século XIX,⁴⁶ os direitos fundamentais sociais passaram a ser entendidos como uma dimensão específica dos direitos fundamentais, na medida em que pretendem fornecer os recursos fáticos para uma efetiva fruição das liberdades, de tal sorte que têm por objetivo (na condição de direitos prestacionais) a garantia de uma igualdade e liberdade real, que apenas pode ser alcançada pela compensação das desigualdades sociais.⁴⁷ Justamente em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização.⁴⁸ Para além disso, cumpre observar – arrimados na expressiva lição de J. Miranda - que por meio dos direitos sociais se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, que apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade.⁴⁹

44 Neste sentido, entre outros, R. D. Stumm, Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, p. 129.

45 Assim, por exemplo, P. Vidal Neto, Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais, p. 148, que remete especialmente para os ensinamentos de G. Burdeau, observando que os direitos sociais podem ser definidos como liberdades positivas, já que objetivam a libertação do homem concreto de todas as formas de opressão, notadamente, do medo e da necessidade.

46 Assim também P. Vidal Neto, Estado de Direito – Direitos Individuais e Sociais, pp. 121 e ss.

47 A este respeito v. J.A da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 253.

48 Esta, em síntese, a lição de J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), pp. 199-200.

49 Cf. J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), p. 200.

Todavia, ainda que se possa partir da premissa de que os direitos fundamentais sociais - na condição de direitos a prestações - se encontram, de certa forma, a serviço da efetiva fruição dos direitos fundamentais em geral (e, portanto, a serviço da liberdade e igualdade material), não há como desconsiderar a evidência de que a conceituação dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações estatais - ao menos do ponto de vista de nosso direito constitucional positivo - é manifestamente equivocada. Com efeito, se já logramos demonstrar que os direitos a prestações, tomados em sentido amplo, não se restringem a direitos a prestações materiais, de tal sorte que nem todos os direitos a prestações são direitos sociais, também os direitos sociais não se limitam a uma dimensão prestacional. Basta, neste sentido, apontar para os diversos exemplos que podem ser encontrados apenas no âmbito dos assim denominados “direitos dos trabalhadores”, localizados nos arts. 7º a 11 da nossa Constituição.

À vista do exposto, percebe-se, com facilidade, que vários destes direitos fundamentais sociais não exercem a função precípua de direitos a prestações, podendo ser, na verdade, reconduzidos ao grupo dos direitos de defesa, como ocorre com o direito de greve (art.9º, da CF), a liberdade de associação sindical (art. 8º, da CF), e as proibições contra discriminações nas relações trabalhistas consagradas no art. 7º, incs. XXXI e XXXII, de nossa Lei Fundamental. O mesmo fenômeno se verificava, ao menos em parte e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, na qual diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente contidos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, foram integrados, na revisão de 1982, no título dos direitos, liberdades e garantias.⁵⁰ Esta categoria de direitos fundamentais sociais, de cunho notoriamente negativo (já que precipuamente dirigidos uma conduta omissiva por parte do destinatário, seja ele qual for, Estado ou particular), tem sido oportunamente denominada de “liberdades sociais”,⁵¹ integrando o que se poderia chamar - inspirados na concepção de Jellinek - de um “status negativus socialis” ou “status socialis libertatis”.

Os direitos sociais a prestações, por sua vez (direitos de cunho positivo), que não esgotam o grupo dos direitos prestacionais, já que excluem os direitos a prestações em sentido amplo (integrantes de um “status positivus libertatis”), compõem o grupo dos direitos a prestações em sentido estrito, formando o que oportunamente já se chamou de “status positivus socialis”.⁵² Podendo ser considerados

50 Neste sentido, v. J. Miranda, in: *RDJ* nº 82 (1987), pp. 16-17.

51 Esta a posição de J.C. Vieira de Andrade, *Rapport sur la protection des droits fondamentaux au Portugal*, p. 4.

52 Cf. D. Murswiek, in: *HBSStR* V, pp. 248 e ss., os direitos do “status positivus libertatis” (ou direitos a prestações em sentido amplo), são formados pelos direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento, encontrando-se vinculados à atuação do Estado na condição de Estado liberal de Direito, ao passo que os direitos sociais a prestações (direitos do “status positivus socialis” ou direitos a prestações em sentido estrito), voltados precipuamente para a obtenção de prestações fáticas, devem ser reconduzidos à atuação do Estado como Estado social de Direito.

(também) como fatores de implementação da justiça social, por se encontrarem vinculados à obrigação comunitária para com o fomento integral da pessoa humana, percebe-se, desde logo, que os direitos sociais prestacionais (positivos) constituem expressão direta do Estado Social e, portanto, produto, complemento e limite do Estado liberal de Direito e dos direitos de defesa, especialmente dos clássicos direitos de liberdade de matriz liberal-burguesa.⁵³ Os direitos sociais (na sua dimensão prestacional) encontram-se, neste contexto, intimamente atrelados às tarefas do Estado como Estado Social, o qual justamente deve zelar por uma adequada e justa distribuição e redistribuição dos bens existentes.⁵⁴ É por esta razão que se justifica a opção por excluir do âmbito dos direitos sociais a prestações (direitos prestacionais em sentido estrito, portanto) os direitos a prestações em sentido amplo, que, apesar de sua dimensão positiva, dizem respeito principalmente às funções tradicionais do Estado de Direito.

A partir do exposto, constata-se que os direitos fundamentais sociais na nossa Constituição também não formam um conjunto homogêneo, não podendo ser definidos restritivamente como direitos a prestações estatais.⁵⁵ Esta ausência de homogeneidade não se baseia apenas no objeto diferenciado dos direitos sociais, que abrangem tanto direitos a prestações como direitos de defesa, mas também na diferenciada forma de positivação no texto constitucional, assim como assumem feições distintas no que diz com a problemática da eficácia e efetividade, aspecto sobre o qual voltaremos a nos manifestar de forma mais detida. Ademais, também os direitos sociais não se limitam aos expressamente positivados no catálogo, podendo ser sustentada, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da nossa Constituição, não apenas a existência de direitos não escritos (implícitos e decorrentes do regime e dos princípios), quanto direitos sociais positivados em tratados internacionais e, principalmente, localizados em outras partes do texto constitucional, especialmente na ordem social.⁵⁶ Aliás, mesmo nos dispositivos da ordem social que integram, entre outros, os direitos fundamentais sociais à saúde, educação, assistência e previdência social, encontramos posições jurídico-fundamentais de natureza eminentemente defensiva e, portanto, negativa, como ocorre com o art. 199, “caput” (a assistência à saúde é livre à iniciativa privada), art. 201, § 5º (vedação de benefício previdenciário não inferior ao salário mínimo), bem como o art. 206,

53 A este respeito v. as lições de K.-J. Bieback, in: *EuGRZ 1985*, p. 659, e H.F. Zacher, *Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 11, para quem os direitos sociais objetivam o fomento ativo, por parte do Estado, do livre desenvolvimento da personalidade humana.

54 Cf. G. Haverkate, *Verfassungslehre*, pp. 258 e ss.

55 Embora desenvolvida no direito lusitano, é de acolher-se a lição de J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, pp. 112 e ss.

56 Sobre o conceito, significado e alcance do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa Constituição, remetemos o leitor ao nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 81 e ss.

incs. I, II e IV (igualdade de acesso e permanência na escola, liberdade de ensino e aprendizagem e a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais).

Concluindo este item do nosso estudo, podemos afirmar, em síntese, que a denominação de direitos sociais, à luz de nossa Constituição, não se prende – pelo menos não exclusivamente – ao fato de que se cuida de posições jurídicas a prestações materiais do Estado, mesmo que no cumprimento de sua função como Estado Social, ou mesmo ao fato de que se trata de direitos conferidos a uma determinada categoria social (como ocorre com os direitos dos trabalhadores). De qualquer modo, entendemos que a denominação de direitos fundamentais sociais encontra sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas.⁵⁷ Neste sentido, considerando os aspectos referidos, poderíamos conceituar os direitos fundamentais sociais – na esteira da magistral formulação de J. Miranda – como direitos à libertação da opressão social e da necessidade.⁵⁸

4.4 O dualismo relativo entre os direitos de defesa e os direitos a prestações e o problema das distinções entre ambos os grupos de direitos fundamentais.

Inobstante existam Constituições onde os direitos fundamentais sociais tenham sido contemplados com um regime jurídico diferenciado, como ocorre no caso da Constituição Portuguesa de 1976,⁵⁹ não é esta a hipótese verificada com relação ao direito pátrio, já que a decisão do Constituinte, ao acolher os direitos sociais no Título II da nossa Carta, parece inequívoca. Mesmo em Portugal, onde a normatividade reforçada dos direitos, liberdades e garantias (em suma, dos direitos de defesa) é decorrência da expressa vontade do Constituinte, e muito embora haja quem reconheça uma certa prevalência desses direitos, não se questiona a qualidade de direitos fundamentais dos direitos sociais, econômicos e culturais, já

57 A este respeito, v. o nosso “*Die Problematik der sozialen Grundrechte*”, pp. 130 e ss.

58 Cf. J. Miranda, in: CDCCP nº 1 (1992), p. 201. Próximo a este conceito – inobstante situado em outro contexto – encontramos a definição de A. C. Wolkmer, in: *RIL*, nº 122 (1994), pp. 278 e ss., que vincula os direitos sociais com a necessidade de se assegurar as condições materiais mínimas para a sobrevivência e, para além disso, para a garantia de uma existência com dignidade.

59 Na Constituição Portuguesa de 1976, os direitos sociais, econômicos e culturais do Título III não integram as “cláusulas pétreas”, além de não constituírem normas diretamente aplicáveis e vinculantes das entidades públicas e particulares.

que expressam valores básicos do Estado social e democrático de Direito.⁶⁰ Já na nossa ordem constitucional, constata-se, desde logo, que uma prevalência dos direitos de defesa não é seriamente defensável, tendo em vista que o Constituinte não traçou distinções relevantes entre os direitos de defesa e os direitos sociais.⁶¹ Como elementos nucleares integrantes do Estado Social e Democrático de Direito e por constituírem – em maior ou menor grau – expressões do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), podemos partir da premissa de que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais formam o sistema unitário e materialmente aberto dos direitos fundamentais na nossa Constituição.⁶²

No que diz com as relações entre os direitos de defesa e os direitos sociais, notadamente os de cunho prestacional, não há, portanto, como sustentar a tese de uma dicotomia ou dualismo absoluto (no sentido de um antagonismo insuperável), já que a nossa Constituição – assim como a Portuguesa – indica que a relação entre ambas as categorias de direitos fundamentais é complementar e não reciprocamente excludente.⁶³ Ainda assim, tendo em vista que os direitos sociais prestacionais objetivam uma maior igualdade e que sua realização acaba implicando restrições da liberdade, a doutrina acaba analisando o problema das relações entre ambos os grupos de direitos fundamentais à luz da tensão entre a igualdade e a liberdade.⁶⁴ Se na concepção liberal os valores da liberdade e da igualdade, compreendidos numa aceção meramente formal, encontram-se em rota de colisão, num Estado Social e Democrático de Direito apenas podem ser encarados numa perspectiva complementar.⁶⁵ É de se observar, ainda, que os direitos sociais a prestações, por almejarem a igualdade real, que não se estabelece por si mesma, acabam servindo à plena realização das liberdades (e, portanto, à liberdade real), já que cumprem a função de promover a redução das desigualdades sociais, econômicas e culturais, que atuam como fatores impeditivos da liberdade real.⁶⁶

60 Neste sentido, v. J. Miranda, in: *RDP nº 82* (1987), pp. 19 e ss.

61 Uma normatividade reforçada dos direitos de defesa (pelo menos, dos direitos individuais do art. 5º, da CF) apenas poderia ser aceita por quem sustenta que os direitos sociais não constituem direito imediatamente aplicável e que não integram as “cláusulas pétreas” da CF, entendimento do qual não comungamos, como ainda teremos oportunidade de demonstrar.

62 Sobre o sistema dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, v. o nosso “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”, pp. 73 e ss.

63 Assim, entre outros, C. Tácito, in: *RDA nº 178* (1989), p. 02. No que diz com o constitucionalismo lusitano, v. L.M.S. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, pp. 146 e ss.

64 Cf. P. Vidal Neto, *Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais*, pp. 151 e ss.

65 Cf. L.M.S. Cabral Pinto, *Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição*, p. 148.

66 Neste sentido cumpre lembrar a lição de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 127.

Assim, com base no exposto, podemos afirmar que, se uma certa tensão entre os direitos de defesa (especialmente, as liberdades fundamentais) e os direitos sociais prestacionais é inevitável, ao mesmo tempo é certo que, consoante já anunciamos, a relação entre ambos os grupos de direitos fundamentais não obedece a uma dialética do antagonismo, mas sim a uma dialética da recíproca complementação, visto que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais a prestações se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas poderá ser plenamente realizada com uma maior liberdade para todos e menos privilégios.⁶⁷ Ainda que, em princípio, situados no mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos de defesa, os direitos sociais a prestações acabam se diferenciando daqueles, de modo especial, pelo seu objeto diferenciado, pela sua diversa estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados no que diz com a sua eficácia e efetividade. É neste sentido (na constatação de certas diferenças), portanto, que se pode sustentar a existência de um dualismo meramente relativo entre ambas as categorias de direitos fundamentais, registrando-se, desde já, que as assim denominadas liberdades sociais podem ser tidas como equiparadas aos direitos de defesa.

Por terem como objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente numa prestação de natureza fática, os direitos sociais prestacionais acabam reclamando uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social, pressupondo, além disso, que seja criada ou colocada à disposição do titular a prestação que constitui seu objeto.⁶⁸ Agregado a esta constatação, situa-se o fato de que o objeto (isto é, o conteúdo da prestação) dificilmente poderá ser estabelecido de forma geral e abstrata, carecendo de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental (saúde, educação, moradia, etc.) que se enquadre na categoria dos direitos sociais a prestações.⁶⁹

É justamente pelo fato de que os direitos sociais prestacionais têm por objeto prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.⁷⁰ Tal já não ocorre, em princípio, com os direitos de defesa que – na sua condição de direitos de cunho negativo – podem ser assegurados juridicamente, independentemente da alocação de recursos humanos e materiais e, portanto, independentemente das circunstâncias econômicas.⁷¹ Esta característica dos direitos sociais a

67 Cf. a lapidar formulação de C. Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos*, p. 130.

68 A este respeito v. , entre outros, J.R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, pp. 126-7.

69 Neste sentido, a oportuna referência de C. Thamm, *Probleme der Verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte*, p. 33.

70 Cf. D. Murswiek, in: *HBSiR V*, pp. 252 e ss.

71 Cf. C. Starck, in: *BverfG und GG II*, p. 518.

prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica.⁷²

Vinculada a este aspecto, está a problemática da efetiva disponibilidade do objeto reclamado, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de prestar o que a norma lhe impõe, estando, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir sua obrigação.⁷³ A limitação dos recursos passa, neste contexto, a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.⁷⁴ Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de nada adiantam os recursos existentes serem suficientes.⁷⁵ É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível,⁷⁶ que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma.

A última característica que distingue, em princípio, os direitos sociais a prestações dos direitos de defesa diz com a forma de sua positivação, isto é, com sua estrutura jurídico-normativa. Neste sentido, enquanto a maior parte dos direitos de defesa (direitos negativos) não costuma ter sua plena eficácia e aplicabilidade questionadas, já que sua efetivação depende de operação de cunho eminentemente jurídico, os direitos sociais prestacionais, por sua vez, habitualmente necessitam – assim sustenta boa parte da doutrina – de uma concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza social e econômica, razão pela qual tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando para o legislador indispensável liberdade de conformação na sua atividade concretizadora.⁷⁷ É por esta razão que os direitos sociais a prestações costumam ser considerados como sendo de cunho eminentemente programático.

Para além disso, em favor de uma necessária concretização pelo legislador ordinário, situa-se o argumento de que, em virtude de sua relevância econômico-financeira e de sua colocação sob uma “reserva do possível”, a decisão em favor da

72 Assim, dentre outros, D. Murswiek, in: *HStR V*, pp. 267. No mesmo sentido, W. Brohm, in: *JZ 1994*, p. 216, que nos fala de uma dependência conjuntural (“Konjunkturabhängigkeit”) dos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Relembre-se, quanto a este aspecto, que os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações sociais, mas abrangem outras posições jurídico-prestacionais, como é o caso do direito à prestação jurisdicional. Por evidente, pois, que mesmo os direitos eminentemente negativos, quando se cuida de sua efetivação, dependem de uma atuação estatal, neste caso, sob a forma da prestação jurisdicional.

73 Cf., entre nós, J.R. Lima Lopes, in: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, p. 131.

74 Cf. G. Brunner, *Die Problematik der sozialen Grundrechte*, pp. 14 e ss.

75 Esta, entre outros, a lição de C. Starck, in: *BverfG und GG II*, p. 518.

76 Entre nós, v. G.F. Mendes, in: *CDTFP nº 3* (1993), p. 28. Na doutrina lusitana v. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 201.

77 Esta a lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 105.

definição do objeto da prestação e de sua realização, ainda mais no âmbito da aplicação de recursos públicos, incumbe aos órgãos políticos legitimados para tanto, cuidando-se, portanto, de um problema de natureza competencial, razão pela qual há quem sustente que ao Poder Judiciário falta a capacidade funcional necessária para resolver o problema no âmbito estrito da argumentação jurídica.⁷⁸ O quanto esta e as demais características distintivas acabam influenciando na esfera da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais é tema sobre o qual nos debruçaremos no próximo item.

5. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

5.1 Considerações introdutórias

Ao emprendermos a tarefa de discorrer sobre a eficácia dos direitos fundamentais sociais, nos deparamos, desde já, com a necessidade de uma tomada de posição na esfera terminológica e conceitual. Para evitar maiores digressões a respeito deste intrincado problema, utilizaremos, para os efeitos deste estudo, a lição de José Afonso da Silva, que, aproximando-se de Meirelles Teixeira, distingue a vigência (qualidade da norma que a faz existir juridicamente, após regular promulgação e publicação, tornando-se de observância obrigatória) da eficácia.⁷⁹ Além disso, ainda que se possa partir da premissa de que entre vigência e eficácia (a primeira como pressuposto da segunda) existe uma correlação dialética de complementariedade,⁸⁰ é preciso clarificar o que entendemos por eficácia. De acordo com a concepção já clássica de José Afonso da Silva, há que distinguir entre a eficácia social da norma (sua real obediência e aplicação aos fatos) e a eficácia jurídica, noção que “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos nela indicados; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. Possibilidade e não efetividade.”⁸¹ De acordo com esta noção, a eficácia social confunde-se com a efetividade da norma. Para Luís Roberto Barroso, “a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos pre-

78 Este o entendimento, entre outros, do publicista suíço J.P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 5.

79 Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, p. 42. No mesmo sentido já lecionava J.H. Meirelles Teixeira, *Curso de Direito Constitucional*, p. 286.

80 Esta a precisa lição de M.H. Diniz, in: *Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia. Supremacia*, p. 67, baseada, por sua vez, em Miguel Reale.

81 Cf. J.A. da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 55-6.

ceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever ser normativo e o ser da realidade social”.⁸² Já no que diz com a relação entre a eficácia jurídica e a aplicabilidade, retomamos mais uma vez a lição de José Afonso da Silva para consignar que eficácia e aplicabilidade são fenômenos conexos, já que a eficácia é encarada como potencialidade (a possibilidade de gerar efeitos jurídicos) e a aplicabilidade, como realizabilidade,⁸³ razão pela qual eficácia e aplicabilidade podem ser tidas como as duas faces da mesma moeda, na medida em que apenas a norma vigente será eficaz (no sentido jurídico) por ser aplicável e na medida de sua aplicabilidade.

Cumprido observar, a partir do exposto, que o problema da eficácia engloba a eficácia jurídica (e, portanto, a aplicabilidade) e a eficácia social. Ambas, inobstante situadas em planos distintos (o do dever ser e o do ser), servem à realização integral do Direito e, nesta linha de raciocínio, dos direitos fundamentais. Dadas as limitações deste estudo, priorizaremos o enfrentamento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional), já que o estudo da efetividade (ou eficácia social) implicaria uma análise minuciosa dos diversos instrumentos jurídico-políticos disponíveis para tornar efetivos estes direitos. Em face de sua especial relevância para o problema específico da eficácia (jurídica e social) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, a nossa abordagem iniciará pelo exame do alcance e significado da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição.

5.2 Significado e alcance da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF: o princípio da eficácia plena e aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais

Conforme dispõe o art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. A previsão desta norma no título dos direitos fundamentais atribui-se à influência exercida por outras ordens constitucionais sobre o nosso Constituinte,⁸⁴ bem como ao anteprojeto elaborado pela “Comissão Afonso Arinos”, que, no seu art. 10, continha preceito semelhante, ao dispor que “os direitos e garantias desta Constituição têm aplicação imediata”. Constata-se, desde logo, que a doutrina pátria (a exemplo do que ocorre no direito comparado) ainda não alcançou um estágio de consensualidade no que concerne ao alcance e significado do preceito em exame, que passou a integrar a pauta dos temas mais polêmicos de nosso direito constitucional.

82 Cf. L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 83.

83 Cf. J.A da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, pp. 49-50.

84 Esta a lição, dentre outros, de R.R. Ruschel, in: *AJURIS* n.º 58 (1993), pp. 294-5. Neste contexto, vale citar o art. 18/1 da Constituição Portuguesa de 1976, o art. 332 da Constituição do Uruguai, o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha e o art. 53.1 da Constituição Espanhola de 1978.

Como questão preliminar a ser superada, impõe-se o exame da abrangência material da norma, isto é, se aplicável a todos os direitos fundamentais (inclusive os situados fora do catálogo), ou se restrita aos direitos individuais e coletivos do art. 5º da nossa Constituição. Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º.

Mesmo que não nos queiramos contentar com este argumento, entendemos que uma interpretação teleológica e sistemática acabará por conduzir aos mesmos resultados. Em primeiro lugar, o nosso Constituinte – ao contrário da Constituição Portuguesa – não traçou nenhuma distinção expressa entre os direitos de liberdade e os direitos sociais de cunho prestacional. Convém lembrar, que mesmo no capítulo dos direitos sociais encontramos – como já demonstrado – direitos de natureza defensiva (negativa), não se justificando que pelo menos estes, assim como ocorre com os direitos políticos, venham a ser excluídos do âmbito de aplicação da norma.

Do exposto – ainda que não tenhamos esgotado o tema – entendemos que há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina,⁸⁵ a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, da CF) de todas as normas de direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. Aliás, a extensão do regime material da aplicabilidade imediata aos direitos fora do catálogo não encontra qualquer óbice no texto de nossa Lei Fundamental, harmonizando, para além disso, com a concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais consagrada, entre nós, no art. 5º, § 2º, da CF.

Superado este aspecto, cumpre enfrentar o tormentoso problema do significado do art. 5º, § 1º, da CF para as diversas categorias de direitos fundamentais, registrando-se que as diferentes concepções encontradas oscilam entre os que, adotando posição extremamente fímda, sustentam que a norma em exame não pode atentar contra a natureza das coisas,⁸⁶ de tal sorte que boa parte dos direitos fundamentais alcança sua eficácia apenas nos termos e na medida da lei, e os que, situados em outro extremo, advogam o ponto de vista segundo o qual até mesmo normas de cunho nitidamente programático podem ensejar, em virtude de

85 Neste sentido, por exemplo, F. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, p. 90.

86 Esta a posição de M.G. Ferreira Filho, in: *RPGE* n.º 29 (1988), pp. 35 e ss., um dos mais ilustres representantes desta corrente.

sua imediata aplicabilidade, o gozo de direito subjetivo individual, independentemente de concretização legislativa.⁸⁷

Como ponto de partida para a formulação de uma posição pessoal, cumpre observar que, mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restrita da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os mesmos “permaneçam letra morta na Constituição.”⁸⁸ Soma-se a esta constatação o fato de que, de acordo com a melhor doutrina, inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, sendo possível falar de uma graduação da carga eficaz das normas (de todas) da Constituição,⁸⁹ o que, de outra parte, não afasta a existência de distinções entre as normas constitucionais no que diz com a forma de sua posituação no texto constitucional, assim como uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes deste fenômeno, razão pela qual foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade.

Assim, cumpre reconhecer que, mesmo no âmbito das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, encontram-se algumas normas que a doutrina majoritária entre nós convencionou denominar de normas de eficácia limitada, as quais não teriam condições de gerar a plenitude de seus efeitos sem a intervenção do Legislador.⁹⁰ Bastaria, neste contexto, atentar para os exemplos do art. 5º, inc. XXXII, da CF (“O Estado promoverá, na forma da lei, a proteção do consumidor”) e art. 7º, inc. XI, da CF (participação dos empregados nos resultados ou lucros da empresa). Aliás, mesmo para os autores considerados mais ousados, não haveria como – sem uma atuação do Legislador – conceder ao indivíduo um direito subjetivo individual à fruição da participação nos lucros ou resultado da empresa.⁹¹

Consoante já frisado alhures, os direitos fundamentais cumprem, em nossa ordem constitucional, a função de direitos de defesa e de direitos a prestações (em sentido amplo e restrito), distinção que conduz à existência de algumas diferenças essenciais entre ambas as categorias de direitos fundamentais, especialmente entre os direitos de defesa e os direitos sociais de cunho prestacional. Estes, por seu turno, assumem habitualmente a feição, no que diz com a sua técnica de posituação e eficácia, de normas carentes de concretização legislativa, o que, de

87 Neste sentido posicionam-se, entre outros, E.R. Grau, A Ordem Econômica na Constituição de 1988, pp. 322 e ss., e R.R. Ruschel, in: AJURIS n.º 58 (1993), pp. 294 e ss.

88 Assim, por exemplo, leciona M.G. Ferreira Filho, in: RPGE n.º 29 (1988), p. 38.

89 Esta a lição de M. H. Diniz, Norma Constitucional e seus Efeitos, p. 104.

90 Neste sentido, v. J.H. Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, pp. 317 e ss., J. A da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pp. 73 e 86 e ss., assim como M. H. Diniz, Norma Constitucional e seus Efeitos, pp. 97 e ss.

91 Este o entendimento, por exemplo, de L.R. Barroso, O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas, pp. 107-108.

outra parte, não lhes retira pelo menos um certo grau de eficácia. Assim, verifica-se que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, ainda que aplicável a todos os direitos fundamentais, não o poderá ser da mesma forma, aspecto que será oportunamente retomado.

Com base no exposto, e partindo da premissa que não há como tomar a sério os direitos fundamentais se não se levar a sério o disposto no art. 5º, § 1º, da CF, constata-se, desde logo, a necessidade de não subestimarmos (nem superestimarmos) o significado e alcance desta norma. Que este preceito se aplica tão-somente aos direitos fundamentais (sem exceção), e não a todas as normas da Constituição, constitui, por si só, conclusão que assume particular relevância. Com efeito, em hipótese alguma o significado do art. 5º, § 1º, da CF poderá ser reduzido ao que se atribui ao princípio da constitucionalidade, sob pena de equiparação entre as normas de direitos fundamentais e as demais normas constitucionais,⁹² o que, além disso, implicaria um esvaziamento significativo da fundamentalidade na sua perspectiva formal.

Neste contexto, sustentou-se acertadamente que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.⁹³ Além disso, há que dar razão aos que ressaltam o caráter dirigente desta norma, no sentido de que esta, além do objetivo de “assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, tem por finalidade tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos”.⁹⁴ Deste sentido, aproxima-se a lição de Eros Roberto Grau, ao sustentar que o Poder Judiciário, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais ao caso concreto, encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente estas normas, assegurando-lhes sua plena eficácia.⁹⁵

De tudo o que até agora foi exposto e levando-se em conta tanto as distinções entre os direitos de defesa e os direitos a prestações, assim como a evidência de que mesmo no âmbito dos direitos fundamentais encontramos normas de cunho eminentemente programático (ou impositivo, como sustenta Gomes Canotilho), somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos

92 Cf., entre outros, P.M.G.V. Patto, in: *DDC* nº 33-4 (1988), p. 480.

93 Esta a lição de F. Piovesan, in: *RPGESP* nº 37 (1992), p. 73.

94 Assim também F. Piovesan, *Proteção Judicial contra Omissões Legislativas*, p. 92.

95 Cf. E.R. Grau, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, pp. 312 e ss.

estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, entendimento sustentado, entre outros, por Gomes Canotillho e entre nós adotado por Flávia Piovesan, como já ressaltado.⁹⁶ Percebe-se, portanto, que o postulado da aplicabilidade imediata não poderá resolver-se, a exemplo do que ocorre com as regras jurídicas (e nisto reside uma das diferenças essenciais entre estas e as normas-princípio), de acordo com a lógica do tudo ou nada, razão pela qual o seu alcance (isto é, o “quantum” em aplicabilidade e eficácia) dependerá do exame da hipótese em concreto.⁹⁷

Para além disso (e justamente por este motivo), cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e plena eficácia (e efetividade) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa na outorga da plenitude eficaz a determinada norma de direito fundamental, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada.⁹⁸ Como dar operatividade ao princípio (fundamental) da imediata aplicabilidade e plena eficácia (jurídica e social) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais é justamente tarefa a que nos dedicaremos, ainda que sucintamente, no item que segue.

5.3 Significado do princípio da aplicabilidade imediata e plena eficácia para cada categoria dos direitos fundamentais, especialmente para os direitos sociais

5.3.1 Direitos sociais de cunho defensivo (direitos sociais negativos ou “liberdades sociais”)

Os direitos de defesa, por reclamarem (em princípio) uma atitude de abstenção por parte dos destinatários, virtualmente não costumam ter sua plenitude eficaz e, portanto, sua imediata aplicabilidade questionada seriamente. Na medida em que se dirigem a um comportamento em geral omissivo, exigindo o respeito e a não ingerência na esfera da autonomia pessoal ou no âmbito de proteção do direito fundamental, não se verifica, em regra, a dependência da realização destes direitos de prestações fáticas ou normativas por parte do

96 Outra não é a lição, na Alemanha, de K. Hesse, in: *EuGRZ* 1978, p. 433, para quem o art. 1º, inc. III, da Lei Fundamental embasa tanto o entendimento de que os direitos fundamentais não se encontram à disposição dos órgãos estatais, quanto impõe a estes a obrigação positiva de fazer tudo o que for necessário à realização dos direitos fundamentais.

97 A respeito da distinção entre princípios e regras constitucionais v. especialmente J.J. Gomes Canotillho, *Direito Constitucional*, pp. 172 e ss.

98 Neste sentido, v. P.M.G.V. Patto, in: *DDC* n° 33-34 (1988), pp. 484 e ss., assim como G. Dürig, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, art. 1, inc. III, p. 43.

destinatário.⁹⁹ Além disso, a aplicabilidade imediata e plena eficácia destes direitos encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, de modo geral, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já se sustentava no bojo da clássica teoria das normas auto-executáveis.¹⁰⁰ Justamente na esfera dos direitos de defesa, pode se afirmar que a norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade integral em Juízo.¹⁰¹

Nesta linha de entendimento, vale a pena consignar o ensinamento de Vieira de Andrade, para quem, em se cuidando de direitos, liberdades e garantias (direitos de defesa, em última análise) e em ocorrendo a falta ou insuficiência de lei, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui, incluídos o dever dos Juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização de para esse fim os concretizarem por via interpretativa.”¹⁰² Ainda que existam, na esfera dos direitos de defesa, normas vagas e abertas, estas podem ter seu conteúdo definido pelo recurso às regras hermenêuticas, não havendo, portanto, necessidade de remeter esta função para o legislador.¹⁰³

As diretrizes fixadas, evidentemente alcançam boa parcela dos direitos sociais consagrados na nossa Constituição, notadamente todos os que exercem uma função precipuamente defensiva (diretos negativos, portanto). Quanto a estes direitos sociais, já se sustentou, entre nós, que desencadeiam sua plenitude eficaz, gerando para seu titular um direito subjetivo, isto é, situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção.¹⁰⁴ Sintetizando, podemos afirmar que, em se tratando de direitos de defesa, a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito. Reitere-se, neste contexto, que inexistente qualquer razão para não fazer prevalecer o postulado contido no art. 5º, § 1º, da CF,

99 Esta a lição de L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, p. 105, ressaltando que estes direitos, de matriz liberal-burguesa, têm a seu favor a própria lei da inércia.

100 V. o entendimento de R. Barbosa, *Commentarios II*, pp. 483 e ss.

101 Cf. a lição de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 277, quando refere a imediata invocabilidade das normas exequíveis por si mesmas.

102 Cf. J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pp. 256-7.

103 Assim também J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 257.

104 É o que advoga L.R. Barroso, *O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas*, p. 106, referindo-se ao direito de greve (art. 9º, da CF).

já que não se aplicam a estas hipóteses (dos direitos de defesa) os argumentos usualmente esgrimidos contra a aplicabilidade imediata dos direitos a prestações, especialmente os da ausência ou insuficiência de recursos ou mesmo a ausência de legitimação dos tribunais para a definição do conteúdo e do alcance da prestação.

Os direitos de defesa constituem, em princípio, direito subjetivo individual, enquadrando-se, de acordo com a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello naquelas situações em que a norma constitucional outorga ao particular uma situação subjetiva ativa (um poder jurídico), cujo desfrute imediato independe de qualquer prestação alheia, bastando, para tanto (como também refere Luís R. Barroso), uma atitude abstencionista por parte do destinatário da norma.¹⁰⁵ Por evidente que, para além de uma posição jurídico-subjetiva (que, consoante bem demonstrou Alexy pode manifestar-se de formas diferenciadas),¹⁰⁶ as normas constitucionais definidoras de direitos de defesa podem gerar uma série de outros efeitos, inclusive na esfera jurídico-objetiva, que, contudo (por serem comuns a todas as normas de direitos fundamentais), serão referidos quando tratarmos da eficácia dos direitos sociais a prestações.

5.3.2 – Os direitos sociais de cunho prestacional (positivos)

Tendo em vista as distinções traçadas entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações, há que se ter em mente que o problema da eficácia e aplicabilidade suscita questionamentos diversos na seara desta categoria dos direitos sociais. Constituindo, nos termos do art. 5º, § 1º, da CF, direito imediatamente aplicável, os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade.

Independentemente – ainda – da discussão em torno da possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos individuais a prestações com base nas normas constitucionais definidoras de direitos sociais prestacionais, importa ressaltar, mais uma vez, que, mesmo estas normas (por mais programáticas que sejam), são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa. Neste sentido, constata-se que a doutrina majoritária costuma destacar as seguintes cargas eficaciais como

105 Cf. C.A. Bandeira de Mello, in: RDP nº 57-58 (1981), p. 242.

106 Para R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 96 e ss. Os direitos fundamentais defensivos, na qualidade de direitos subjetivos, agrupam-se em três categorias: a) direitos ao não-impedimento de ações por parte do titular do direito; b) direitos à não-afetação de propriedades ou situações do titular do direito; c) direitos à não-eliminação de posições jurídicas.

sendo, em princípio (ressalvadas eventuais especificidades), comuns mesmo a este tipo de normas, consideradas, em regra, como sendo de eficácia limitada, já que carentes de uma “interpositio legislatoris”:

a) Acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo e, por via de conseqüência, sua desaplicação, independentemente de um declaração de inconstitucionalidade,¹⁰⁷ ressaltando-se que entre nós o Supremo Tribunal Federal consagrou a tese da revogação, em detrimento da assim chamada inconstitucionalidade superveniente.

b) Contêm imposições que vinculam permanentemente o legislador, no sentido de que não apenas está obrigado a concretizar os programas, tarefas, fins e ordens mais ou menos concretas previstas na norma, mas também que o legislador, ao cumprir seu desiderato, não se poderá afastar dos parâmetros prescritos nas normas de direitos fundamentais a prestações.¹⁰⁸

c) Implicam a declaração de inconstitucionalidade (por ação) de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo das normas de direitos fundamentais, isto é, caso contrários ao sentido dos princípios e regras contidos nas normas que os consagram.¹⁰⁹

d) Constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e, especialmente, infraconstitucionais), já que contêm diretrizes, princípios e fins que condicionam a atividade dos órgãos estatais e influenciam, neste sentido, toda a ordem jurídica.¹¹⁰

e) Geram algum tipo de posição jurídico-subjetiva, tomando-se esta em sentido amplo e não necessariamente na concepção de um direito individual subjetivo à fruição da prestação que constitui o objeto da norma de direito fundamental a prestação. Fala-se, neste contexto, de um direito subjetivo de cunho negativo no sentido de que o particular poderá sempre exigir do Estado que se abstenha de atuar em sentido contrário ao disposto na norma de direito fundamental prestacional.¹¹¹ Cuida-se, portanto, de uma dimensão negativa dos direitos positivos, já que as normas que os consagram, além de vedarem a emissão de atos normativos contrários, proibem a prática de comportamentos que tenham por

107 Cf. L.R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 117. Assim também J. Miranda, Manual de Direito Constitucional, vol. II, p. 219.

108 Neste sentido, já lecionava, entre nós, J.H. Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, pp. 334 e ss. Assim também J. A da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, pp. 146-7.

109 Cf., dentre outros, J.A da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 146, e, mais recentemente, L.R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 117.

110 Cf. J.H. Meirelles Teixeira, Curso de Direito Constitucional, pp. 340-1. Assim também J.A da Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucionais, p. 147.

111 Esta a lição, por exemplo, R. Russomano, in: As Tendências Atuais do Direito Público, pp. 281 e ss. Assim também L.R. Barroso, O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, p. 118, na esteira de C.A Bandeira de Mello, in: RDP n° 57-58 (1981), p. 243.

objetivo impedir a produção dos atos destinados à execução das tarefas, fins ou imposições contidas na norma de natureza eminentemente programática.¹¹²

f) Próximo ao sentido referido no item imediatamente precedente, situa-se a problemática dos direitos sociais a prestações que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que se convencionou chamar de proibição de retrocesso, impedindo o legislador de, voltando atrás sobre seus próprios passos, abolir determinadas posições jurídicas por ele próprias criadas. Cumpre frisar, neste contexto, que parte da doutrina se posiciona favoravelmente a este aspecto, ressaltando que, uma vez concretizado determinado direito social prestacional, este acaba por transformar-se, neste sentido, num típico direito de defesa.¹¹³

g) Mesmo no âmbito dos direitos fundamentais prestacionais típicos (direito à saúde, educação, previdência social, etc.), em face do perfil que lhes foi conferido pelo nosso Constituinte, verifica-se que a própria prestação que constitui seu objeto acaba, por vezes, assumindo a feição de um direito defensivo, inobstante não exatamente no sentido já referido. Tomando-se, por exemplo, o direito social à educação, regulado na Constituição no art. 6º nos arts. 205 e segs., constatar-se-á que o direito geral à educação abrange uma série de direitos, dos quais o direito à instrução (no sentido de um direito a que o Estado preste ensino, colocando à disposição do titular do direito escolas, material didático e professores) é apenas um entre outros. O art. 206, em diversos dos seus incisos, consagra alguns direitos de natureza eminentemente defensiva (negativa), como é o caso da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (inc. I), da liberdade de ensino e aprendizagem (inc. II), e da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inc. IV). O mesmo se poderá afirmar com relação ao art. 207 da CF, que consagra a garantia institucional da autonomia universitária.

Se quanto aos demais efeitos jurídicos referidos (inclusive no tocante à dimensão defensiva dos direitos a prestações) inexistente maior controvérsia, o mesmo não ocorre no que concerne à possibilidade de se reconhecer ao titular do direito um direito subjetivo à fruição da prestação concreta, inclusive por meio da via judicial. Em primeiro lugar, cumpre registrar que do âmbito desta abordagem serão priorizados os assim denominados direitos originários a prestações, já que na esfera dos direitos derivados a prestações tem sido admitida, com base e na medida da lei concretizadora, um direito subjetivo individual, assim como tem sido admitido um direito de igual acesso às prestações (bens, instituições e serviços) já

112 Cf. o precioso ensinamento de J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, pp. 219-20.

113 Esta a lição de J.J. Gomes Canotilho e V. Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131. Sobre a proibição de retrocesso na esfera social v. mais detalhes no nosso "*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*", pp. 364 e ss.

existentes, gerando, de tal sorte, um direito de natureza defensiva, com o objetivo de impedir o tratamento discriminatório, viabilizando-se, ademais, o acesso à prestação pretendida.¹¹⁴ O problema a ser enfrentado, portanto, diz com reconhecimento, diretamente com base na norma constitucional e independentemente de qualquer ato de intermediação legislativo, um direito subjetivo de natureza prestacional.

Não havendo como adentrar – em face dos estreitos limites deste estudo – os mais diferenciados aspectos que o problema suscita, sendo também inviável considerar mesmo as principais concepções e argumentos desenvolvidos a respeito na doutrina e na jurisprudência, partiremos, de imediato, para aquilo que consideramos representar uma solução que harmoniza com o espírito da norma contida no art. 5º, par. 1º, da nossa Carta Magna. Na medida em que não se poderá desconsiderar as distinções entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais, de modo especial, o fato de que estes estão condicionados, no que diz com a sua realização, pela disponibilidade de recursos e pela capacidade de deles dispor (princípio da reserva do possível), bem como pelo princípio democrático da reserva parlamentar em matéria orçamentária, o que também afeta o princípio da separação de poderes, entendemos que a proposta de solução deverá passar necessariamente pela ponderação dos princípios incidentes na espécie, no âmbito de uma interpretação sistemático-hierarquizadora, tal como nos propõe o ilustre Jurista e Professor Juarez Freitas, em magnífica obra sobre a hermenêutica jurídica.¹¹⁵

É neste sentido que nos valem das lições do conhecido jusfilósofo germânico Robert Alexy, para quem se poderá reconhecer um direito subjetivo originário a prestações nas seguintes circunstâncias: a) quando imprescindíveis ao princípio da liberdade fática; b) quando o princípio da separação de poderes (incluindo a competência orçamentária do legislador), bem como outros princípios materiais (especialmente concernentes a direitos fundamentais de terceiros), forem atingidos de forma relativamente diminuta. Para Alexy, tais condições se encontram satisfeitas sobretudo na esfera dos direitos sociais que correspondem a um padrão mínimo, como é o caso do direito às condições existenciais mínimas, direito à formação escolar e profissional, uma moradia simples e um padrão mínimo de atendimento na área da saúde.¹¹⁶

A solução preconizada por Alexy afina com a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, já que esta, impondo a otimização (maximização) da eficácia de todos os direitos fundamentais, não poderia admitir nem uma realização plena dos (e de todos) direitos sociais prestacionais, pena de

114 Neste sentido, v. K. Hesse, in: *EuGRZ* 1978, p. 433. Assim também W. Krebs, in: *JURA* 1988, p. 626.

115 V. Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 1995.

116 Cf. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, pp. 465-66.

sacrifício de outros princípios ou direitos fundamentais colidentes, nem a negação absoluta de direitos subjetivos a prestações, pena de sacrifício de outros bens igualmente fundamentais. Tomando como exemplo o direito à saúde, perceber-se-á, desde logo, que ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que invocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária). O mesmo raciocínio poderá ser aplicado no que diz com outros direitos sociais prestacionais básicos, tais como educação, assistência social e condições materiais mínimas para uma existência digna.

Neste contexto, cumpre registrar que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações não se deverá restringir às hipóteses nas quais a própria vida humana estiver correndo o risco de ser sacrificada, inobstante seja este o exemplo mais pungente a ser referido. O princípio da dignidade da pessoa humana assume, no que diz com este aspecto, importante função demarcatória, podendo servir de parâmetro para avaliar qual o padrão mínimo em direitos sociais (mesmo como direitos subjetivos individuais) a ser reconhecido. Negar-se o acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito (ainda mais em face da norma contida no art. 208, § 1º, da CF, de acordo com a qual se cuida de direito público subjetivo) importa igualmente em grave violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que este implica para a pessoa humana a capacidade de compreensão do mundo e a liberdade (real) de autodeterminar-se e formatar a existência, o que certamente não será possível em se mantendo a pessoa sob o véu da ignorância¹¹⁷.

Com base no exposto, verifica-se que o problema apenas poderá ser equacionado à luz das circunstâncias do caso concreto e do direito fundamental específico em pauta, sendo indispensável a ponderação dos bens e valores em conflito. Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do legislador (assim como a separação de poderes e as demais objeções habituais aos direitos sociais a prestações como direitos subjetivos) implicar grave agressão (ou mesmo o sacrifício) do valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes, resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na estei-

117 V. a este respeito o nosso “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”, p. 319, obra na qual analisamos com maior profundidade estes e outros exemplos, bem como as principais concepções a respeito do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações (v. pp. 272-321).

ra de Alexy e de Gomes Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo for ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo “prima facie”, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de uma lógica do tudo ou nada.¹¹⁸ Esta solução impõe-se até mesmo em homenagem à natureza eminentemente principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da CF, e das próprias normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

À vista do exposto, percebe-se também que – na esfera dos direitos subjetivos a prestações – se impõe uma relativização da noção de direito subjetivo, constatando-se uma inevitável diferenciação no que diz com a força jurídica das diversas posições jurídico-prestacionais fundamentais em sua dimensão subjetiva, a exemplo, aliás, do que ocorre na esfera jurídico-objetiva (basta lembrar os diversos e importantes efeitos jurídicos inerentes as normas de direitos fundamentais em geral, mesmo de eficácia limitada). Por outro lado, não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado (a ao particular, quando for o destinatário), inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, cumpre assinalar, aproximando as noções de eficácia jurídica e efetividade (eficácia social), que nem a previsão de direitos sociais fundamentais na Constituição, nem mesmo a sua positivação na esfera infraconstitucional poderão, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o instrumental suficiente para a sua concretização. No que diz com este aspecto, importa consignar a oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e Juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, para quem a efetividade dos direitos fundamentais em

118 Sobre a noção de um direito subjetivo a prestações v. especialmente (além da obra de Alexy já referida) a magistral formulação de J.J. Gomes Canotilho, Tomemos a sério os direitos sociais, econômicos e culturais, pp. 25 e ss. Que, além de direitos subjetivos definitivos e direitos subjetivos “prima facie”, admite a existência de uma terceira categoria de direitos subjetivos a prestações, sustentando (na esteira de Alexy) que há posições jurídico-prestacionais embasadas em normas impositivas de tarefas e fins estatais que geram apenas um dever não-relacional do Estado, que pode ser caracterizado como um dever objetivo “prima facie”, garantido por normas não vinculantes, como ocorre, por exemplo, com o direito ao trabalho e o correspondente dever do Estado de promover uma política de pleno emprego, sem que se possa admitir um direito do particular a um emprego.

geral (e não apenas dos direitos sociais) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se resolve exclusivamente no âmbito do sistema jurídico, transformando-se em problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais.¹¹⁹

Importante é, pois, ter sempre em mente que mesmo uma Constituição de um Estado Social de Direito (necessariamente democrático) não poderá jamais negligenciar o patamar de desenvolvimento social, econômico e cultural da comunidade, sob pena de comprometer seriamente sua força normativa e suas possibilidades de atingir uma plena efetividade.¹²⁰ Neste contexto, cumpre retomar a temática inicial da crise do Estado Social de Direito e da crise dos direitos fundamentais. Especialmente no âmbito dos direitos sociais, onde a referida crise se manifesta com particular agudeza, tal como já demonstrado, verifica-se que o impacto negativo sobre a capacidade prestacional do Estado se encontra diretamente vinculado ao grau de importância do limite fático da reserva do possível e do princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, os quais, por sua vez, atuam diretamente sobre a problemática da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação democrática a respeito de sua destinação, especialmente de forma a que sejam atendidas satisfatoriamente todas as rubricas do orçamento público, notadamente aquelas que dizem com a realização dos direitos fundamentais e da própria justiça social. Na mesma proporção, deverá crescer o índice de sensibilidade por parte daqueles aos quais foi delegada a difícil missão de zelar pelo cumprimento da Constituição, de tal sorte que - em se tratando do reconhecimento de um direito subjetivo a determinada prestação social - assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade, que servirá de parâmetro no indispensável processo de ponderação de bens que se impõe quando da decisão acerca da concessão, ou não, de um direito subjetivo individual ou mesmo da declaração de inconstitucionalidade de uma medida restritiva dos direitos sociais.

Por outro lado, entendemos que não há como sustentar o argumento de que, em face dos efeitos da crise já referidos, inexistente alternativa plausível se não a de uma supressão pura e simples dos direitos sociais consagrados na Constituição, a pretexto de serem em grande parte responsáveis pela “ingovernabilidade” do nosso (e de tantos outros) país. Da mesma forma, não devem - especialmente o Juiz e os demais operadores do Direito - simplesmente capitular diante das “forças reais de poder” (Lassale) ou em face da alegação de que inviável o reconhecimento de um direito subjetivo a prestações, socorrendo-se dos limites fáticos da reserva do possível e argumentando que inexistente dotação orçamentária, pena de esvaziamento completo da eficácia dos direitos sociais. O que se verifica, em verdade,

119 Cf. D. Grimm, in: *Grundrechte und soziale Wirklichkeit*, p. 72.

120 Neste sentido, as bem lançadas ponderações de J.P. Müller, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, p. 52.

é que o aumento da opressão sócio-econômica e a elevação dos níveis de desigualdade fática fazem com que o reconhecimento e efetivação dos direitos sociais, ainda que em patamar mínimo, voltado à manutenção de um nível existencial digno, transformem-se em meta indispensável a qualquer ordem estatal que tenha a pretensão de ostentar o título de genuinamente democrática.

Aparentemente de forma paradoxal, constata-se que o processo de globalização acabou trazendo avanços significativos na esfera dos direitos fundamentais, não sendo por acaso que hoje se sustenta o fenômeno da universalidade dos direitos fundamentais e a formação de um verdadeiro direito constitucional internacional nesta seara, fenômeno vinculado ao impulso da Declaração Universal da ONU, de 1948, bem como ao expressivo número de convenções internacionais na esfera dos Direitos Humanos, acompanhada da sua recepção pelo direito constitucional dos Estados, tal como sugerido, entre nós, por Flávia Piovesan e Caçado Trindade.¹²¹ De outra parte, verifica-se que a globalização, especialmente no que diz com o avanço das comunicações, tem permitido uma veiculação universal, ainda que mínima, da agenda da defesa da dignidade humana e dos direitos fundamentais, facilitando o fluxo de informações, a denúncia de violações e dificultando a censura sobre os meios de comunicação.¹²² Assim, como se pode concluir a partir da lição do grande jurista brasileiro Paulo Bonavides, a globalização, aqui considerada por um ângulo positivo, como veículo para a afirmação da universalização do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, acaba contribuindo decisivamente para que estes efetivamente venham a integrar, tal como referido alhures, uma espécie de patrimônio cultural comum da humanidade.¹²³

Nesta quadra da exposição, convém lembrar que os direitos fundamentais, a despeito de sua dimensão jurídico-normativa, essencialmente vinculada ao fato de serem postulados de “dever ser”, possuem o que Pérez Luño denominou de “irrenunciável dimensão utópica”, visto que contêm um projeto emancipatório real e concreto.¹²⁴ Entre nós, reconhecendo igualmente uma perspectiva utópica

121 V. neste sentido, F. Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 1996, e A. A. Caçado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 1997.

122 Esta a lição de J. R. Lima Lopes, *Direitos Humanos, Pobreza e Globalização*, in: Revista da AMB n° 02 (1997), pp. 49-50.

123 Cf. P. Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, pp. 524 e ss., salientando que no âmbito desta globalização dos direitos fundamentais, assumem relevo os direitos de “quarta geração”, notadamente o direito à democracia (direta), o direito à informação e o direito ao pluralismo, pois deles “depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade.”

124 Cf. A. E. Pérez Luño, *Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad*, in: A.E. Pérez Luño (Org) *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, 1996, p. 15, ressaltando que “faltos de su dimensión utópica, los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fora de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad.”

e promocional dos direitos fundamentais, José Eduardo Faria, partindo da concepção de utopia como “horizonte de sentido”, sustenta que a luta pela universalização e efetivação dos direitos fundamentais implica a formulação, implementação e execução de programas emancipatórios, que, por sua vez, pressupõe uma extensão da cidadania do plano meramente político-institucional para os planos econômico, social, cultural e familiar, assegurando-se o direito dos indivíduos de influir nos destinos da coletividade.¹²⁵

Por derradeiro, cremos ser possível afirmar que os direitos fundamentais sociais, mais do que nunca, não constituem mero capricho, privilégio ou liberalidade, mas sim, premente necessidade, já que a sua supressão ou desconsideração fere de morte os mais elementares valores da vida, liberdade e igualdade. A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por sua vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.

125 V. J.E. Faria, Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org). Direito e Globalização Econômica, pp. 154 e ss.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 - ALEXY, Robert. Theorie der Grundrechte, 2ª ed, Frankfurt: Suhrkamp, 1994.
- 2 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987.
- 3 - ANDRADE, José Carlos Vieira de. Rapport sur la protection des droits fondamentaux au Portugal, Coimbra: (não publicado), 1994, 27 p.
- 4 - BARBOSA, Ruy. Commentários à Constituição Federal Brasileira (colligidos e ordenados por Homero Pires), vol. II, São Paulo: Saraiva, 1933.
- 5 - BARROSO, Luís Roberto. O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- 6 - BIEBACK, Karl-Jürgen. Sozialstaatsprinzip und Grundrechte, in: EuGRZ 1985,
- 7 - BLECKMANN, Albert. Staatsrecht II – Die Grundrechte, 4ª ed., Köln-Berlin-Bonn: Carl-Heymanns, 1997.
- 8 - BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1996.
- 9 - BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, São Paulo, 1997.
- 10 - BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- 11 - BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte, in: Recht und Staat n° 404-405, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971.
- 12 - CRAVEN, Matthew C.R. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Oxford: Clarendon Press, 1995.
- 13 - DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus Efeitos, São Paulo: Saraiva, 1989.
- 14 - DINIZ, Maria Helena, Advertência sobre a Problematicidade da Vigência e da Eficácia Constitucional, in: T.S. Ferraz Jr./M.H. Diniz e R.A.S. Georgakilas, Constituição de 1988: Legitimidade. Vigência e Eficácia. Supremacia,
- 15 - DÜRIG, Günter, Anmerkungen zu Art. 1 Abs. III GG, in: Maunz-Dürig-Herzog-Scholz (Org.), Grundgesetz-Kommentar, vol. I, München: C.H.Beck, 1994.
- 16 - FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem versus a Liberdade de Expressão e Informação, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1996.
- 17 - FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica, in: J.E. Faria (Org) Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas, São Paulo: Ed. Malheiros, 1996, pp. 127 e segs.
- 18 - FARIA, José Eduardo. Direitos Humanos e Globalização Econômica: notas para uma discussão, in: O Mundo da Saúde, vol. 22 (1998), pp. 74 e segs.
- 19 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais, In: Revista da Procuradoria - RPGE, Porto Alegre 25(55): 29-74, 2002

- doria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP) n° 29 (1988),
- 20 - FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Saraiva, 1996.
- 21 - FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito, São Paulo: Malheiros, 1995.
- 22 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Direito Constitucional, 5ª ed., Coimbra: Almedina, Coimbra, 1992.
- 23 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José. Tomemos a sério os direitos sociais, económicos e culturais, Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- 24 - GOMES CANOTILHO, Joaquim José; MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- 25 - GORENDER, Jacob. Estratégias dos Estados Nacionais diante do Processo de Globalização, in: Regina M. F. Gadelha (Org), Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais, São Paulo: EDUC, 1997, pp73 e segs.
- 26 - GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica), 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- 27 - GRIMM, Dieter. Grundrechte und soziale Wirklichkeit, in: W. Hassemer-W. Hoffmann-Riem-J. Limbach (Org.), Grundrechte und soziale Wirklichkeit, Baden-Baden: Nomos, 1982.
- 28 - HAVERKATE, Görg. Verfassungslehre, München, C.H.Beck, 1992.
- 29 - HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- 30 - HESSE, Konrad. Bestand und Bedeutung der Grundrechte in der Bundesrepublik Deutschland, in: EuGRZ 1978, pp. 427 e ss.
- 31 - HEINEGG, Wolff Heintschel von; HALTERN, Ulrich. Grundrechte als Leistungsansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, in: JÁ 1995, pp. 333 e ss.
- 32 - HIOPOULOS-STRANGAS, Julia (Org). La protection des droits sociaux fondamentaux dans les etats membres de l'union européenne, Baden-Baden:Nomos, 2000.
- 33 - KREBS, Walter. Freiheitsschutz durch Grundrechte, in: JURA 1988, pp. 617 e ss.
- 34 - LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos, São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- 35 - LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito, in: José Eduardo Faria (Org.), Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, São Paulo:Malheiros, 1994.
- 36 - LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos Humanos, Pobreza e Globalização, in: Revista da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), n° 2 (1997), pp. 47 e segs.
- 37 - MANSSEN, Gerrit. Staatsrecht I – Grundrechtsdogmatik, München: Verlag Franz Vahlen, 1995.

- 38 - MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social, in: Revista de Direito Público (RDP) n° 57-58 (1981)
- 39 - MENDES, Gilmar Ferreira. A Doutrina Constitucional e o Controle da Constitucionalidade como Garantia da Cidadania – Necessidade de Desenvolvimento de Novas Técnicas de Decisão: Possibilidade de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade no Direito Brasileiro, in: Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas (CDTFP) n° 3 (1993), pp. 21 e ss.
- 40 - MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais na Ordem Constitucional Portuguesa, in: Revista de Direito Público (RDP) n° 82 (1987), pp. 05 e ss.
- 41 - MIRANDA, Jorge. Os Direitos Fundamentais – Sua Dimensão Individual e Social, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP) n° 1 (1992), pp. 198 e ss.
- 42 - MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora., 1988.
- 43 - MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, vol. IV, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- 44 - MÜLLER, Jörg-Paul. Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2ª ed., Basel-Frankfurt: Helbig & Lichtenhahn, 1981.
- 45 - MURSWIEK, Dieter. Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR), vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 243 e ss.
- 46 - MORAES, Alexandre, Direitos Humanos Fundamentais, São Paulo: Atlas, 1997.
- 47 - MORAIS, José Luís Bolzan de. Do Direito Social aos Interesses Transindividuais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- 48 - PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. A Vinculação das Entidades Públicas pelos Direitos Fundamentais, in: Documentação e Direito Comparado (DDC) n° 33-34 (1988), pp. 474 e ss.
- 49 - PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Derechos Humanos y Constitucionalismo em la Actualidad, in: A.E. Pérez Luño (Org), Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 11 e ss.
- 50 - PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. Grundrechte, Staatsrecht II, 11ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.
- 51 - PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- 52 - PIOVESAN, Flávia. Proteção Judicial contra Omissões Legislativas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- 53 - PIOVESAN, Flávia. Constituição e Transformação Social: A Eficácia das Normas Constitucionais Programáticas e a Concretização dos Direitos e Ga-
- 72** - RPGE, Porto Alegre 25(55): 29-74, 2002

- rantias Fundamentais, in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (RPGESP), nº 37 (1992), pp. 63 e ss.
- 54 - PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1996.
- 55 - RUSCHEL, Ruy Ruben. A Eficácia dos Direitos Sociais, in: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) nº 58 (1993), pp. 291 e ss.
- 56 - SACHS, Michael. Vorbemerkungen zu Abschnitt 1, in: M. Sachs (Org), Grundgesetz-Kommentar, München: C.H.Beck, 1996.
- 57 - SANTOS, Boaventura Souza. Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998.
- 58 - SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- 59 - SARLET, Ingo Wolfgang. Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz, Frankfurt: Peter Lang, 1997.
- 60 - SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: AJURIS nº 73 (1998), pp. 210 e segs.
- 61 - SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- 62 - SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- 63 - STARCK, Christian, Anmerkungen zu Art. 1, Abs. III GG, in: H. von Mangoldt - F.Klein - C.Starck (Org.), Das Bonner Grundgesetz, 3ª ed., vol. I, München: Franz Vahlen, 1985.
- 64 - STARCK., Christian, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen, in: C. Starck (Org.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, vol. II, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, pp. 480 e ss.
- 65 - STERN, Klaus. Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, in: J. Isensee – P. Kirchhof (Org.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HBStR), vol. V, Heidelberg: C.F. Müller, 1992, pp. 05 e ss.
- 66 - STRECK, Lênio Luís; MORAIS, José Luís Bolzan de. Ciência Política e Teoria Geral do Estado, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- 67 - STUMM, Raquel Denise. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- 68 - TÁCITO, Caio. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, in: Revista de Direito Administrativo nº 178 (1989), pp. 01 e ss.

- 69 - THAMM, Cláudia. Probleme der verfassungsrechtlichen Positivierung sozialer Grundrechte – eine historisch-vergleichende Darstellung, Jur. Diss (tese de Doutorado), Bielefeld, 1989.
- 70 - TEIXEIRA, João Horácio Meirelles, Curso de Direito Constitucional, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- 71 - TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.
- 72 - VIDAL NETO, Pedro. Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais, São Paulo: Ltr, São Paulo, 1979.
- 73 - WOLKMER, Antonio Carlos, Direitos Políticos, Cidadania e Teoria das Necessidades, in: Revista de Informação Legislativa (RIL) n° 122 (1994), pp. 275 e ss.
- 74 - ZACHER, Hans-Friedrich. Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, München-Wien: Günter Olzog Verlag, 1968.
- 75 - ZACHER, Hans-Friedrich. Das soziale Staatsziel, in: J. Isensee-P. Kirchhof (Org). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, Heidelberg: C.F. Müller, 1987.



DOUTRINA
(Procuradores do Estado do
Rio Grande do Sul)





PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Márcia Regina Lusa Cadore Weber*

Introdução

1. Breve noção de princípio
2. Origem
3. Princípio da legalidade e princípio da reserva legal
4. Tratamento constitucional do princípio da legalidade e do princípio da reserva legal em matéria tributária
5. Princípio da reserva legal em matéria tributária (legalidade estrita)

Conclusão

Referências bibliográficas

* Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul



Princípio da Reserva Legal



INTRODUÇÃO

Ninguém desconhece a relevância do princípio da reserva legal no âmbito do direito tributário, na medida em que a obrigatoriedade de norma legal para estabelecer os limites de determinada imposição tributária representa importante proteção do cidadão contra o poder do Estado. Neste trabalho, objetiva-se abordar, de forma sintética, os aspectos julgados relevantes relativamente a tal princípio, bem como os limites que impõe à atividade da Fazenda Pública

1. BREVE NOÇÃO DE PRINCÍPIO

O vocábulo “princípio” (do latim *principium*) diz respeito à origem, ao começo, ao ponto de partida, à proposição básica. Transportando-se estas noções do vernáculo para o âmbito do Direito tem-se que princípios são pontos de partida axiológicos para qualquer interpretação juridicamente qualificada. A par de não estabelecerem um comportamento específico, os princípios servem como parâmetros para a interpretação das leis. Precisa acerca do tema a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹ quando afirma que princípio “é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” Segundo este renomado jurista brasileiro violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma, sendo a mais grave forma de ilegalidade e de inconstitucionalidade. Importante, também, a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho² para quem “quando um princípio é constitucional sua aplicação é obrigatória”.

2. ORIGEM

O princípio da reserva legal em matéria tributária constitui uma das conquistas do liberalismo, inspirado, por um lado, na própria natureza e conceituação do regime democrático e, de outro, na necessidade de impor-se limites à atividade tributária do Estado. O primeiro documento do qual se tem notícia de que o soberano necessitava do consentimento dos súditos para a exigência de tributo, manifestado por uma cúria à qual, provavelmente, pertenciam a nobreza e o clero, é de 1.091,

1 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1996, pp. 545 e 546.

2 Sacha Calmon Navarro Coelho, *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, pág. 90.

tendo sido firmado pelo Rei Afonso I, de Castela. No entanto, o marco da formalização do princípio ocorreu posteriormente, já em 1215, durante o reinado de João Sem Terra na velha Inglaterra, onde os Barões de rebelaram contra as obrigações financeiras que lhes eram exigidas e impuseram ao rei a Magna Carta. Uma das disposições fundamentais desta era a de que não haveria cobrança de tributos sem autorização dos nobres, surgindo daí a expressão *no taxation without representation*, que deu origem ao moderno conceito de legalidade. Ensina Alberto Xavier³ ter sido no terreno da tributação que o Estado de Direito foi buscar os principais instrumentos técnicos em que se assenta: a própria separação dos poderes e o conceito de reserva da lei o qual, enquadrado nos moldes daquele estado, assumiu novo relevo e significado.

3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL

Segundo o mesmo doutrinador⁴ o princípio da legalidade desdobra-se em dois grandes princípios: o da preeminência da lei e o princípio da reserva da lei. O primeiro, denomina de princípio da legalidade em sentido amplo, segundo o qual o ato da administração somente será inválido se contrariar uma lei material. Há, pois, por este princípio, demarcação ampla do campo da autonomia da Administração. O segundo, que denomina legalidade em sentido estrito, tem como pressuposto necessário e indispensável de toda a atividade administrativa uma autorização de uma lei material. Segundo o ilustre Professor de Direito Tributário Fernando Facury Scaff⁵ “até o período do Estado Liberal o conceito de legalidade era absoluto, vigente para todas as relações em que o Estado fizesse parte. (...) Contudo, com o advento do estado intervencionista verificou-se que esta formulação, tal como era implementada, não era mais suficiente para o desenvolvimento da sociedade”. Prossegue este autor, afirmando que o princípio da legalidade passou a admitir a delegação de competência normativa para outros órgãos inferiores ao Poder Legislativo, tendo-se como exemplo a legislação de trânsito, permeada por resoluções do CONTRAN. Daí porque a necessidade de distinguir-se o princípio da legalidade do princípio da reserva legal. Este reservou determinadas matérias para serem veiculadas apenas por lei, no sentido de ato formal do Poder Legislativo, não permitindo que normas infralegais disponham sobre o assunto. Ensina, ainda, que no campo do direito tributário o princípio da reserva legal incide em duas áreas: criação e aumento de tributos.

3 Alberto Xavier, *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 8.

4 Ob. Cit. pág. 14.

5 Fernando Facury Scaff, *O Estatuto Mínimo do Contribuinte*, “in” Ives Granda da Silva Martins(coord.), “Direito Fundamental do Contribuinte”, Pesquisas Tributárias (Nova Série-6), São Paulo, Revista dos Tribunais/Centro de Extensão Universitária, pp.458/459.

4. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E DO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Referindo-se à hermenêutica constitucional, Celso Ribeiro Bastos,⁶ diz que cabe ao intérprete, obrigatoriamente, obedecer alguns princípios, sendo o primeiro deles o da unidade da Constituição, e que tais princípios devem ser interpretados não só pelo que explicitamente postulam, mas também de acordo com o que implicitamente encerram.

A Constituição Federal de 1988, sem dúvida, privilegia o Estado de Democrático de Direito. Como ensina José Luis Bolzan de Moraes⁷ o Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e, de outro, do *Welfare state*. Resumidamente pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como quê a sua qualificação pela questão da igualdade. Assim, o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do *status quo*.

A interpretação sistemática dos artigos que integram o Título I da Carta Magna conduzem à conclusão de que, num regime democrático, em que todo Poder emana do povo e em seu nome deve ser exercido, o Estado deve estar voltado ao atendimento das necessidades de seu povo e redução das desigualdades, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁸ Fixadas as diretrizes básicas, a estrutura, forma e objetivos do Estado, a Lei Maior elenca no art. 5º os direitos e garantias fundamentais. O inciso I do art. 5º é tradicionalmente compreendido como consagrador do princípio da igualdade. No entanto, já neste inciso verifica-se a primeira referência ao princípio da legalidade no vocábulo “lei”: todos são iguais perante a lei posta. É no inciso II, contudo, que encontra-se a consagração do princípio da legalidade. Tem-se aí a garantia de que os interesses individuais e coletivos e as relações de intersubjetividade que se processam na sociedade estarão sempre abalizados pela lei, sendo que o próprio estado a ela está submetido e não poderá produzi-la como bem entender, mas de acordo com a Lei Maior que o vincula: a Constituição. Esta, como fundamento de validade de todas as normas postas no sistema, desde logo consigna que um dos direitos e garantias fundamentais do cidadão no Estado Democrático de Direito, é a legalidade, que consiste em direito e dever ao mesmo tempo.

6 Celso Ribeiro Bastos, *Hermenêutica Constitucional*, Separata da Revista de Informação Legislativa, 24/96, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 24/96.

7 José Luis Bolzan de Moraes, *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*, artigo ainda não publicado, mas distribuído em Curso de Especialização em Direito Tributário promovido pela UNISINOS.

8 Constituição Federal, arts. 1º e par. único, 2º e 3º.

Ainda, segundo a Carta Magna, a administração pública direta e indireta dos três poderes está adstrita ao princípio da legalidade.⁹ Trata-se, pois, uma vez mais, da garantia da submissão dos agentes públicos a “quadro normativo que embargue favoritismo, perseguições ou desmandos. Pretende-se, através da norma geral, abstrata e, por isso mesmo, impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral”.¹⁰ É preciso ressaltar, embora já se constitua dogma no direito brasileiro, que a legalidade para o particular difere da legalidade para o administrador público: este pode fazer apenas o que a lei lhe autoriza, enquanto aquele tudo que não lhe é por ela vedado.

Em que pese tenha contemplado o princípio da legalidade de forma genérica, como já se viu, o constituinte de 1988 houve por bem reiterá-lo quanto ao sistema tributário, dispondo ser vedado aos entes públicos exigirem ou aumentarem tributo sem lei que o estabeleça.¹¹ Compreende-se esta preocupação, na medida em que a imposição tributária configura-se como um dos exemplos mais significativos de ingerência do Estado no patrimônio do particular. Afinal, se no exercício do poder de tributar o Estado subtrai uma parcela de riqueza de cada um a fim de viabilizar o atingimento de suas finalidades, a inviolabilidade dos direitos individuais concernentes à segurança e à propriedade, e mesmo à liberdade, somente poderá ser garantida se essa ação tributária obedecer a limites rígidos estabelecidos em lei. A doutrina justributária tem denominado este princípio da legalidade tributária ou da estrita legalidade tributária, sem olvidar, contudo, que se trata de “consequência específica” do princípio genérico da legalidade.¹²

5. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA (LEGALIDADE ESTRITA)

O princípio da reserva legal em matéria tributária é decorrência do estado de Direito, indicando que todo ato do Estado que interfira na liberdade do indivíduo, aumentando suas obrigações e deveres deve estar apoiado em lei, lei esta que, obviamente, deve ter caráter genérico impessoal e abstrato e estar em conformidade com a Lei Maior, tal como exigido pelo princípio da supremacia da Constituição. Abordar-se-á, a seguir, alguns aspectos reputados relevantes acerca do princípio da reserva legal no âmbito do direito tributário.

9 Constituição Federal, art. 37 *caput*.

10 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos do Direito Administrativo*, Ed. R. Tributária, 2ª ed., 1991, p.56.

11 Constituição Federal, art. 150, inciso I.

12 Rubens Gomes de Sousa, *Compêndio de Legislação Tributária*, Editora Resenha Tributária, Edição Póstuma, 1981, p. 68.

5.1 Reserva formal da lei

O princípio da reserva legal no âmbito do direito tributário, como já se referiu, está vinculado a duas áreas: aumento ou instituição de tributos, tal como disposto na Lei Maior. O tributo somente existe se criado por lei e na medida por ela criada. Cumpre, pois, neste âmbito, indagar seu alcance, seja segundo o critério da fonte da produção jurídica, seja relativamente ao grau da determinação da conduta fornecido pela própria lei.

De acordo com Alberto Xavier¹³ sob o prisma da fonte de produção jurídica, a reserva da lei distingue-se em reserva de lei material e reserva de lei formal. No primeiro caso, basta que a conduta da Administração seja autorizada por qualquer norma geral ou abstrata (v. g.) o regulamento. No segundo, torna-se necessário que o fundamento legal da atuação da administração seja um ato normativo dotado de força de lei, vale dizer, emanado de um órgão com competência legislativa normal e revestido da forma externa legalmente prevista. No direito tributário, segundo o doutrinador antes mencionado, sempre se entendeu ser de tal modo intensa a intervenção na propriedade dos particulares, que se reputou ser indispensável que tal intervenção fosse feita por meio de lei formal. No entanto, este doutrinador possui conceito de lei formal que traduz amplitude. Dele excluem-se, sem dúvida, o costume e os decretos regulamentares. No entanto, tal conceito não atribui com exclusividade ao Poder Legislativo a possibilidade da edição de norma que institua ou aumente tributo. No mesmo sentido é o entendimento de Fábio Fanuchi,¹⁴ segundo o qual “lei significa o ato originário de autoridade competente para exercer funções inerentes ao Poder Legislativo e não exatamente os originários dos órgãos exclusivamente representativos deste Poder.” Esta posição, contudo, está longe de encontrar consenso na doutrina. Veja-se a propósito o entendimento de Gerd W. Rothmann,¹⁵ segundo o qual “é da essência do princípio da legalidade tributária que as leis que instituem obrigações tributárias principais sejam elaboradas pelo órgão de representação popular”.

A discussão ganha especial relevo quando se sabe existir no país instrumento normativo de autoria do Poder Executivo- a Medida Provisória- que vem sendo utilizada para instituição ou majoração de tributos. Em artigo publicado na Revista de Direito Tributário nº 73, Guilherme Cezarotti¹⁶ assim situa a discussão doutrinária: “Aliomar Baleeiro, Geraldo Ataliba, Gerd Willi Rothmann e Paulo de Barro Carvalho admitem que apenas a lei ordinária pode instituir ou majorar tributos. Alberto

13 Ob. cit. pág. 17 e segs.

14 Fábio Fanucchi, *Limitações da Competência Tributária*, “in” “Comentários ao Código Tributário Nacional, v. 3, São Paulo, José Bushatsky Editor, 1977, pp. 3 e 4

15 Gerd W. Rothmann, *O Princípio da Legalidade Tributária*, artigo publicado na Revista de Direito Público nº 19, pp. 376

16 Guilherme Cezarotti, *O Princípio da Estrita Legalidade no Direito Tributário*, “in” Revista de Direito Tributário, nº 73, pág. 205.

Xavier e Saulo Ramos admitem, ainda, que a medida provisória pode instituir ou majorar tributos”. Há, ainda, posição intermediária de Sacha Calmon Navarro Coelho, no sentido da possibilidade de a União instituir imposto extraordinário em caso de guerra externa¹⁷ via medida provisória, desde que o Congresso Nacional estiver em recesso.¹⁸ Em que pese os ponderáveis argumentos em contrário, o E. Supremo Tribunal Federal já rejeitou a tese de que as medidas provisórias não podem instituir tributos.¹⁹ Sem olvidar que ao E. STF compete, em única ou última instância, a interpretação das normas constitucionais, tem-se que, na espécie, restou estabelecida exceção à reserva formal da lei tributária.

Outro aspecto a ser enfrentado no âmbito da exigência de lei formal diz com o grau de exigência de *quorum* e de votantes para a aprovação de níveis distintos de leis para cada matéria. Segundo o art. 69 da Lei Maior as leis complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta, enquanto para as leis ordinárias basta a maioria simples. No sistema constitucional tributário foram elencadas matérias que somente podem ser objeto de lei complementar (art. 146 da Lei Maior), não podendo, pois, em hipótese alguma serem vinculadas por lei ordinária.

Vale lembrar que à exceção dos tributos previstos na Constituição que devem ser instituídos e regulamentados por meio de lei complementar, basta a edição de lei ordinária pelo ente público competente para se instituir e regular o tributo dentro da ordem jurídica parcial respectiva. Entretanto, o E. STF considerou inconstitucional o extinto adicional de imposto de renda estadual justamente em razão da ausência de prévia lei complementar, entendendo que sendo ela indispensável para dirimir conflitos de competência entre os Estados da Federação, não bastavam para instituir o aludido tributo o disposto no art. 24, par. 3º da Lei Maior e 34, §§ do ADCT/88.²⁰

5.2 Reserva absoluta da lei

Ainda seguindo as lições de Alberto Xavier²¹ tem-se que a exigência de lei formal não se mostra suficiente para resguardar a tutela dos direitos resguardados pelo princípio da legalidade, sendo indispensável que o ato normativo próprio discipline os atos do poder administrativo de forma tão completa de forma a excluir qualquer arbítrio dos órgãos de aplicação do direito. Segundo ele, se no direito administrativo em geral suficiente uma “reserva relativa”. A par de admitir e prever a intervenção da administração na esfera dos particulares, a lei não precisa prever

17 Constituição Federal, art. 154, II.

18 Ob.cit. pág. 326.

19 STF, RE 138-284-8-CE, rel. Min. Carlos Velloso, D.J.U de 28.08.92.

20 RE 136.215-RJ.

21 Ob. cit. pág. 36 e segs.

todos os critérios de decisão no caso concreto, confiando ao administrador alguma valoração. Já no direito tributário a formulação do princípio da legalidade é mais restritiva: a lei deve conter não só o fundamento da conduta da administração, mas também os próprios critérios de decisão no caso concreto. Trata-se da necessidade de uma *lex stricta*: a lei deve conter em si mesma todos os elementos de decisão no caso concreto. A reserva absoluta representa, pois, um duplo ditame, endereçado ao legislador e ao aplicador do direito. A este determina a exclusão do subjetivismo na aplicação da lei e àquele determina a formulação de comandos legislativos em termos rigorosos. No mesmo sentido a lição de Paulo de Barros Carvalho,²² salientando que o veículo introdutor da regra tributária há de ser sempre a lei, porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo que a lei traga em seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Este plus caracteriza a tipicidade tributária que, segundo ele, pode ser caracterizado como decorrência imediata do princípio da legalidade tributária.

5.3 A Tipicidade tributária

A tipicidade tributária não parece ser, como afirma parte da doutrina, princípio autônomo ao da legalidade tributária, sendo, antes, a expressão deste princípio quando se manifesta na forma da reserva absoluta da lei. Enquanto a reserva formal diz respeito ao veículo (lei), a tipicidade refere-se ao conteúdo da lei (norma). Sacha Calmon Navarro Coelho,²³ a par de tratar a tipicidade como um princípio, assevera que o mesmo é uma das conotações assumidas pelo princípio da legalidade. Segundo ele, a lei fiscal deve conter o fato jurígeno sob o ponto de vista espacial, temporal e pessoal, bem como a consequência jurídica imputada à realização deste fato jurígeno. A tipicidade, pois, expressão do princípio da reserva absoluta da lei, exige que a lei formal contenha todos os elementos essenciais para a definição do tributo, não havendo espaço para discricionariedade em tal definição. O Poder Executivo não pode completar a lei tributária. Esta, ao instituir o tributo não deve apenas indicar-lhe o nome, mas apresentar todos os elementos básicos e estruturais do tributo. A tipicidade no direito brasileiro é, pois, rígida e cerrada.

A demonstrar a íntima relação entre a tipicidade e o princípio da legalidade, tem-se o art. 97 do CTN,²⁴ o qual representa explicitação em lei complementar do disposto no art. 150, inciso I da Lei Maior. Esta norma complementar dispõe enfaticamente que somente a lei pode estabelecer as matérias nela relacionadas que, em conjunto, formam própria estrutura da norma tributária. Conceituar, pois

22 Paulo de Barros Carvalho, *Curso de Direito Tributário*, Editora Saraiva, São Paulo, 1993, pág. 98

23 ob.cit. pág. 198 e segs.

24 Art. 97 do CTN, transcrição em anexo.

à exaustão, tudo que diz respeito a tais matérias, é consagrar a tipicidade tributária.

5.4 A analogia frente à reserva legal

Em decorrência da reserva absoluta da lei ou tipicidade cerrada adotada no direito brasileiro, se a lei for omissa ou obscura em quaisquer das matérias elencadas no já mencionado artigo 97, descabe ao administrador que (que aplica a lei de ofício) e ao juiz (que aplica a lei contenciosamente) integrarem a lei, suprimindo a lacuna por analogia. A estrutura jurídico-tributária caracteriza-se pela exigência constitucional de que as hipóteses tributárias devem estar previstas na lei. O tipo tributário há de estar desenhado por inteiro em norma, não cabendo ao intérprete, por interpretação analógica, encontrar tipos implícitos, comandos ocultos ou situações semelhantes para criar imposições ou alterar, em favor da Fazenda, o momento do fato gerador. Havendo omissão legislativa nos elementos básicos e estruturais do tributo, o magistrado poderá apenas decretar a inaplicabilidade da lei por insuficiência normativa, jamais promover sua aplicação após processo de integração com a utilização da analogia. Conforme ensina Ruy Barbosa Nogueira²⁵ “analogia com o fito de criar ou alterar o crédito tributário é de manifesta ilegalidade na interpretação da lei fiscal, pois, comparando duas situações de fato, aplica a lei fato não tributado, o que equivale à criação ou modificação de um tributo, sem lei”. A vedação ao emprego da analogia para cobrar tributo sem previsão legal, aliás, encontra-se expressa no CTN.²⁶

5.5 A fixação da base de cálculo

O princípio da reserva legal em matéria tributária, como se viu, exige a instituição ou aumento de tributos seja feita mediante lei (em sentido formal e material), lei esta que contenha todos os seus elementos essenciais da imposição tributária. Disso decorre, obviamente, a impossibilidade da utilização do decreto regulamentar para definição de tais elementos, inclusive a base de cálculo, categoria jurídica que tem por finalidade a fixação do montante do tributo e cuja majoração importa, obviamente, em majoração do tributo. No entanto, a impossibilidade de fixar-se ou aumentar-se base de cálculo mediante decreto regulamentar não impede que a administração pública, em determinados tipos de tributo, utilize este instrumento normativo para individualizar seu valor. Veja-se, acerca do tema, o entendimento de Paulo de Barros Carvalho:²⁷ “a base de cálculo nunca vem determinada no plano normativo. Lá teremos só uma referência – valor da

25 Ruy Barbosa Nogueira, *Da Interpretação e da Aplicação das Leis Tributárias*. 2ª edição, São Paulo, José Bushastky Editor, 1974, p. 105.

26 Art. 108, par. 1º. O emprego da analogia não poderá resultar na exigência do tributo não previsto em lei.

27 Ob. cit. pág. 23127

operação, o valor venal do imóvel, etc. É com a norma individual do ato normativo do lançamento que o agente público, aplicando a lei ao caso concreto, individualiza o valor, chegando a uma quantia líquida e certa – a base de cálculo fática”. É evidente que a lei deve estabelecer a base de cálculo e, ainda, todos os critérios para a sua apuração, não podendo o Estado completar estes critérios. No entanto, a quantificação do valor sobre o qual deverá incidir a alíquota pode, em tributos como o IPTU e o IPVA, cuja base de cálculo é estabelecida por referência a elementos que por sua ligação ou dependência ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, permitem avaliar o valor econômico do tributo, poderá ser feita por Decreto que, obviamente, obedeça os ditames legais. No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, no ano de 1996, foi editada lei fixando a base de cálculo do IPVA e seus critérios com minudência,²⁸ deixando ao Poder Executivo apenas a tarefa da quantificação. A partir destes critérios editou o Poder Executivo, mediante decreto, tabela com os valores dos veículos calculados de acordo com os parâmetros legais. Este procedimento, além de acatado pela doutrina, vem sendo sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁹ É evidente que, uma vez editada a tabela de valores após a edição da lei respectiva e em conformidade com esta, o Poder Executivo não poderá, no ano subsequente, proceder ao aumento real dos valores, mediante decreto, sob pena de violação ao já mencionado art. 97 e par. 1º do CTN. Apenas poderá, na esteira da Súmula 160 do E. STJ³⁰ atualizar os valores em percentual não superior ao índice oficial de correção monetária.

5.6 Reserva legal e segurança jurídica

A concepção de Estado de Direito atribui à lei a função primordial de instrumento de justiça material. Essa atribuição é também inerente à idéia de que a lei deve garantir, na maior extensão possível, a segurança jurídica e a certeza do Direito. Como ensina Alberto Xavier³¹ se a justiça material pode ser concebida essencialmente como uma rigorosa delimitação de esferas jurídicas e, sobretudo no campo do direito público, como uma estrita tutela dos direitos subjetivos privados – liberdade e propriedade – ela não poderia deixar de se apoiar num princípio que não conferisse estabilidade às esferas assim delimitadas, subtraindo a atividade dos cidadãos das áreas do contingente e do arbitrário. Assim, o princípio da legalidade tributária no Estado de Direito é essencialmente um critério de realização da justiça em termos seguros e certos. A idéia de segurança jurídica é mais ampla do que a de legalidade. No entanto, posta em contato com esta lhe imprime

28 Lei Estadual nº 10.869/96, em anexo.

29 Resp 50.905/SP, ROMS 541/RJ, AgRg 67.871-7, AGRg 167-500, cópia das ementas em anexo.

30 “É defeso, ao Município, atualizar o IPTU, mediante decreto, em percentual superior ao índice oficial de correção monetária.”

31 Ob. cit. pág. 43

determinado conteúdo. E é no direito tributário que o princípio da segurança jurídica assume sua maior intensidade e é por isso que nele o princípio da legalidade se configura como uma reserva absoluta de lei formal. A essência da segurança jurídica constitui-se na previsibilidade dos particulares quanto a seus direitos e obrigações, sendo possível identificar-se na mesma dois conteúdos: um de conteúdo formal, que é a estabilidade do direito e outro de conteúdo material chamada proteção da confiança. A proteção da confiança assume grande importância no campo do direito tributário. O princípio da confiança na lei fiscal, como imposição da segurança jurídica, traduz-se na possibilidade de o contribuinte conhecer e computar seus encargos tributários com base na lei. O princípio da reserva legal em matéria tributária, pois, decorre, também, como se viu, do relevo da segurança jurídica, na sua modalidade de proteção de confiança.

CONCLUSÃO

No âmbito do direito tributário brasileiro vige o princípio da reserva absoluta de lei formal. Segundo este princípio, que vincula todos os entes da federação por força de norma constitucional, a imposição tributária deve ser veiculada por lei em sentido formal, diploma que, além de ter caráter geral, impessoal e abstrato, deve conter todos os elementos estruturais do tributo e estar em conformidade com a Lei Maior. Trata-se, pois, de garantia fundamental ao Estado Democrático de Direito, pois o cidadão, a par do dever de contribuir para o financiamento do Estado mediante o pagamento de tributos, tem o direito de saber de onde vem tais tributos, quais são os seus valores e como os mesmos serão cobrados e, ainda, de ter previamente com eles assentido, por meio da aprovação de lei pelos representantes que, segundo a ordem constitucional, escolheu para o exercício da função legislativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- _____. *Elementos do direito administrativo*. 2. ed. Ed. R. Tributária, 1991.
- BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF., v. 24, n. 96, p. 53-6, out./dez. 1987.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CEZAROTTI, Guilherme. O princípio da estrita legalidade no direito tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, nº 73.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. 2. ed. São Paulo: José Bushastky Editor, 1974.
- SCAFF, Fernando Facury. *O estatuto mínimo do contribuinte*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.). *Direito fundamental do contribuinte: Pesquisas Tributárias (Nova Série-6)*. São Paulo: R. dos Tribunais - Centro de Extensão Universitária, p. 458-9.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. Editora Resenha Tributária, Edição Póstuma, 1981.
- XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1978.

ANEXO I
Código Tributário Nacional, art. 97

“Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

- I – a instituição de tributos, ou a sua extinção;
 - II – a majoração dos tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;
 - III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do art. 52, e do seu sujeito passivo;
 - IV- a fixação da alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos arts. 21, 26, 39, 57 e 65;
 - V- a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para as infrações nela definidas;
 - VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários ou dispensa ou redução de penalidades.
- § 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação de sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.
- § 2º Não constitui majoração do tributo, para fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

ANEXO II

Lei Estadual nº 8.115/85, com a redação dada pela Lei Estadual nº 10.869, de 5.12.96.

“Art. 8º - A base de cálculo do imposto é o valor médio de mercado dos veículos automotores.

§ 1º - Na hipótese de veículos novos, considera-se como valor médio de mercado o constante no documento fiscal, incluído o valor de opcionais e acessórios.

§ 2º - Para fins dos disposto no parágrafo anterior, inexistindo a obrigatoriedade de emissão de documento fiscal, considera-se valor médio de mercado o constante em documento relativo à transmissão de propriedade.

§ 3º - No caso de internamento de veículos automotores importados para uso do importador, considera-se o valor médio de mercado o constante do documento de importação, convertido em moeda nacional pela taxa cambial vigente na data do desembarço aduaneiro, acrescido dos impostos incidentes e das demais despesas incorridas.

§ 4º - Na hipótese de veículos automotores usados, considera-se valor médio de mercado o divulgado pelo Poder Executivo, anualmente, em moeda corrente nacional, antes do início do ano calendário em que será devido o tributo e será monetariamente atualizado com base na variação da UFIR.

§ 5º - Para a fixação do valor de que trata o parágrafo anterior, serão considerados os preços usualmente praticados no mercado deste Estado, os preços médios aferidos por publicações especializadas, a marca, o tipo, a potência, o ano de fabricação, o peso, a cilindrada, o número de eixos, a capacidade máxima de tração(CMT), o peso bruto total combinado, o peso máximo da decolagem, a dimensão, o material empregado na fabricação e o modelo do veículo automotor.

§ 6º - Na hipótese prevista no parágrafo 4º do artigo 4º, aplicar-se-á o disposto no parágrafo anterior, adotando-se em substituição ao ano de fabricação do veículo, o ano em que foi alterada a carroceria.

ANEXO III

Ementas de Decisões do E. Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: Mandado de Segurança. Tributário. IPVA. Vigência da Legislação Aplicável - Legalidade da Cobrança. Leis Estaduais n^{os} 6.066/89, 7002/90 e 7.644/91 - Resoluções SF 60/91 e 2192.

1. Base de cálculo, com os critérios objetivos indicados em lei, não afeta a legalidade da exigência do IPVA, conforme as conseqüentes resoluções administrativas.

2. Vigente a lei no período anterior, embora as resoluções sejam posteriores, a ferretada exigência fiscal não ofende a salvaguarda da anterioridade.

3. Recurso improvido. (Resp 50.905/SP, 1^a Turma, Rel. Min. Milton Luiz Pereira)

“TRIBUTÁRIO. IPVA. LEI ESTADUAL NO 7.644/91. CÁLCULO. RESOLUÇÃO Nº 06/92 DA SECRETARIA DA FAZENDA.

I - Ao decidir que, para fins de cálculo do IPVA relativo ao exercício de 1992, válida é a tabela publicada elaborada de acordo com a legislação em vigor até 31.12.91, levando em conta os valores venais médios dos veículos de novembro de 1991, acórdão recorrido não violou o art. 97, incisos II, IV e § 1^o do CTN.

II - Agravo Regimental desprovido” (Agravo Regimental no 67.871-7 -SP, 2^a Turma, Rel. Min. Antônio Pádua Ribeiro).

“MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO. ATO DO SECRETÁRIO DA FAZENDA. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. TRIBUTAÇÃO REGULAR. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. LEI ESTADUAL. SEGURANÇA DENEGADA. DECISÃO MANTIDA.

- Ato concreto expedido pela autoridade toma legítimo o pedido de segurança contra ele dirigido.

- Se a legislação instituidora do tributo passou a vigorar no ano anterior a exigência, passível era a cobrança no mesmo exercício imediato.

- Indicando a lei a base de cálculo, com todos os elementos necessários, não há que se falar em desobediência ao princípio da legalidade (ROMS 541/RJ, 2^a Turma, Rel. Min. Hélio Mosimann).

A INCIDÊNCIA ECONÔMICA COMO EFEITO EXTRAFISCAL DO ICMS EM RELAÇÃO À POLÍTICA DE IMPORTAÇÃO DE BENS DE CONSUMO POR PARTICULARES

Paulo Rogério Bueno da Silva*

1. Introdução
2. Conceito e importância do Direito Econômico
3. Princípios, regras e normas
4. Princípios e regras do Direito Econômico.
5. A extrafiscalidade e as regras de Direito Econômico
6. A incidência econômica como efeito extrafiscal do ICMS em relação à política de importação de bens de consumo por particulares
7. A alteração do texto constitucional
8. Conclusões
9. Referências Bibliográficas

* Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Trabalho apresentado na disciplina de Direito Econômico, no curso de Especialização em Direito Tributário levado a efeito pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul em convênio com a UNISINOS – RS.



1. INTRODUÇÃO

O tema abordado neste ensaio tem, a nosso juízo, grande relevância para o campo do Direito Econômico. Trata-se de uma decisão do Supremo Tribunal Federal, anterior à edição da Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001, que, ao interpretar o artigo 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição da República de 1988, entendeu não incidir o ICMS sobre a importação de veículos (bens de consumo) do estrangeiro por particular.

Tal exegese, permite a desoneração de ICMS a qualquer pessoa física não comerciante que tenha adquirido bens de consumo (veículos, computadores, televisões, DVD's, etc.) antes da novel alteração constitucional.

Ocorre que a referida Emenda Constitucional alterou a redação da alínea *a* do inciso IX do § 2º do artigo 155 da Constituição da República de 1988, a fim de explicitar ainda mais aquilo era evidente: a incidência de ICMS sobre a entrada de bem ou mercadoria importada do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto.

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal, muito embora já ultrapassado, ainda pode gerar um grande impacto para os Estados, principalmente no âmbito da política econômica, por conta da flagrante desarmonia nos interesses dos participantes das relações de consumo. Quanto mais não seja, não fosse a alteração do texto constitucional, as empresas instaladas em território nacional sofreriam, ainda mais, a forte concorrência (desleal) com outras do estrangeiro, e, via de consequência, poderia haveria, mais do que nunca, grave queda nos níveis de empregos.

Importa dizer, de qualquer sorte, que a atividade econômica deve sofrer a intervenção do Estado, o qual deve se empenhar em fazer cumprir os princípios da soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades sociais e regionais e busca do pleno emprego, estabelecidos no art. 170 da Constituição da República de 1988, além das importantes regras de Direito Econômico, em especial a *regra do equilíbrio*.

Este trabalho, em que pese suas limitações, inclusive temporais, tentará demonstrar que a decisão do Eminentíssimo Supremo Tribunal Federal foi sensivelmente equivocada e injusta.

Para chegarmos às conclusões referidas acima, faremos uma breve incursão no campo do Direito Econômico e no Direito Tributário.

Inicialmente, trataremos da importância e do conceito do Direito Econômico, a seguir abordaremos os seus princípios e regras, dando ênfase e pormenorizando suas definições.

Será tratada, também, a questão da incidência econômica do tributo, e, a partir desse ponto, então, passaremos à análise da incidência econômica como efeito extrafiscal do ICMS, em relação à política de importação de bens de consumo por particulares.

Examinaremos, ainda, dentro dessa polêmica decisão, algumas contraposições de ordem tributária, a extrafiscalidade e sua compreensão básica e a incidência do ICMS na importação de veículos do estrangeiro como política extrafiscal de Direito Econômico.

Falaremos, brevemente, acerca da Emenda Constitucional nº. 33/01, que pôs fim na celeuma havida a partir do posicionamento do STF, que contrariou frontalmente o entendimento do STJ acerca da matéria.

Finalmente, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal equivocou-se ao afastar a incidência do ICMS sobre as importações de veículos por particulares, pois em nosso entender tanto a interpretação gramatical do texto constitucional, como o aspecto extrafiscal do ICMS, permitem a exação do referido tributo neste tipo de atividade econômica.

2. CONCEITO E IMPORTÂNCIA DO DIREITO ECONÔMICO

Segundo WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA,¹ Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a *juridicização*, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica. Para tanto, utiliza-se do *princípio da economicidade*.

Levando-se em consideração as complexas relações da sociedade atual, decorrentes do processo econômico, o Estado Social, através de uma política intervencionista, procurou dar um tratamento jurídico diferenciado a determinados fatos econômicos, com vistas à implementação de sua *política econômica*. Surge, aí, o Direito Econômico, que, por sua vez, acaba por afetar vários interesses particulares ou coletivos.

O Direito Econômico, portanto, está inserido em diversas situações existentes nas relações econômicas de uma sociedade. Por exemplo, em relação à correção monetária lá está uma norma de Direito Econômico traçando seus contornos; a limitação constitucional dos juros; e, até mesmo, quando o constituinte (art. 155, II, da CF/88) resolveu definir a incidência do ICMS, deu ao seu aspecto material alguma conotação de Direito Econômico.

É bom esclarecer, entretanto, que o conteúdo do Direito Econômico não se confunde com o conteúdo dos demais ramos do Direito, na medida em que aquele se situa sob o ponto de vista *macrojurídico*.² Ou seja, a proteção que a

1 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Editora LTR, p. 27.

2 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981. p. 26 a 31.

norma econômica confere visa diretamente o interesse social (de todos os agentes atuantes no mercado), muito embora, indiretamente, também se esteja protegendo o interesse individual.

De outro lado, por afetar diretamente os mais diversos interesses, na medida em regula juridicamente as relações econômicas, as normas de Direito Econômico necessitam harmonizar-se. Nesse plano surge o princípio da *economicidade*, que tem por função ser um instrumento hermenêutico de harmonização de princípios e regras que muitas vezes aparentam serem antagônicos, *v. g., propriedade privada e função social da propriedade*.

Portanto, o Direito Econômico é de suma importância para as relações econômicas (e sociais), pois é mediante a sua atuação que o Estado ordena e regula a atividade econômica, segundo sua visão ideológica de *política econômica*, e sob a inspiração dos ideais de justiça social, valorização do trabalho humano, desenvolvimento e livre iniciativa.

3. PRINCÍPIOS, REGRAS E NORMAS

Verificada a existência do Direito Econômico, e sua importância para a regulação da vida econômica, para podermos visualizar melhor o seu aspecto dogmático e eficaz, mister se faz analisar os diferentes conceitos jurídicos de *Regras, Princípios e Normas*.

Antes, entretanto, em que pese a posição jurídica de boa parte da doutrina, há entendimentos de que norma é um superconceito, no qual abrange tanto as regras como os princípios. Ou seja, as regras e os princípios são duas espécies de normas.³

Desta forma, resumindo e parafresando as lições do mestre lusitano Canotilho, nos aspectos que julgamos mais importantes, princípios são aqueles *standards* juridicamente vinculantes, radicados nas exigências de justiça ou na idéia de direito. São multifuncionais, porquanto podem desempenhar uma função argumentativa (retórica), permitindo, por exemplo, denotar a *ratio legis* de uma disposição, ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito. São, a bem da verdade, pontos de partida axiológicos, pois exprimem diferentes valores e interesses. Por sua vez, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida. Portanto, as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se a regra vale (tem vigência) deve cumprir-se na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.

3 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p. 171-6.

Em campo diametralmente oposto, o Prof. Washington Peluso Albino de Souza pontifica a distinção entre Fundamento, Princípio, Regra, Norma e Lei.⁴ Em que pese a profundidade das lições deste mestre, para o âmbito deste trabalho, analisaremos, apenas, a distinção havida entre Regras, Princípios e Normas.

Baseado em Aristóteles, assinala Washington que os princípios correspondem, originariamente, ao valor ético relacionado com o comportamento social e que define o próprio sentido do justo. A partir dos princípios pode-se identificar o referencial ideológico adotado na ordem jurídico-econômico vigente. Pode vir consignado nos textos das Constituições (*v. g.*, art. 170 da CF/88) como nos elementos diferenciadores do Direito Costumeiro. Há, ainda, o sentido de instrumento hermenêutico, mormente no Direito Econômico, como por exemplo, o *princípio da economicidade*, o *princípio da flexibilidade*, o *princípio da mobilidade* e o *princípio da subsidiariedade*.

Por sua vez, refere o renomado jurista que a regra jurídica assegura ao fato econômico a sua qualidade de fato jurídico. Portanto, o fato econômico, após receber o tratamento ideológico, por via do “princípio”, entra para o contexto jurídico através da “regra”.

Finalmente, aduz que a norma vai imprimir ao fato econômico juridicizado o sentido do dever ser. Indicará os modos de efetivação da opção fornecida pela regra, para garantir-lhe a legitimidade jurídica, ou seja, a sua inserção no conjunto de normas que vão compor a ordem jurídica. Ao incorporar-se ao conjunto de normas que constitui a ordem jurídica, confunde-se neste particular com as demais normas, salvo se assumir o *status* de norma fundamental ou de norma geral. Resumindo, as normas são enunciados que se compõem, num esquema simplificado, em duas fases: (a) hipótese fática; (b) imputação de conseqüências (conduta).

4. PRINCÍPIOS E REGRAS DO DIREITO ECONÔMICO

A base constitucional do sistema econômico encontram-se nos arts. 170 a 192, compreendidos em quatro capítulos, sendo o primeiro relacionado com os princípios gerais da atividade econômica, o segundo relacionado à política urbana, o terceiro referente à política agrícola e fundiária e da reforma agrária e o quarto que trata sobre o sistema financeiro nacional.

No âmbito deste trabalho veremos, de forma perfunctória, os princípios da constituição econômica formal, conforme as lições de José Afonso da Silva:⁵

A - Soberania Nacional (econômica), segundo o qual entende-se a adoção de um sistema econômico (capitalista) autônomo, independente do dos centros capitalistas desenvolvidos.

4 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*, p. 124 a 142.

5 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed., Malheiros Editores, 1996. p. 723 a 729.

B - Liberdade de iniciativa econômica, significa, em última análise, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo quando previsto em lei.

C - Livre concorrência - visa tolher a tendência açambarcadora da concentração capitalista.

D - Defesa do consumidor - procura diminuir, regradar, a larga brecha da economia de mercado, que se esteia na *liberdade de consumo*, na 'lei da oferta e procura'.

E - Defesa do meio ambiente - busca condicionar a atividade produtiva ao respeito de meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.

F - Redução das desigualdades regionais e sociais - essa preocupação fez com que a Constituição estipulasse mecanismos tributários (fundo especial) e orçamentários para prevenção (regionalização, arts. 43 e 165, § 1º).

G - Busca do pleno emprego - visa propiciar trabalho a todos quantos estejam em condições de exercer uma atividade produtiva. Em conjunto com a regra da *valorização do trabalho humano*, impede que o princípio seja considerado apenas como mera busca quantitativa. Quer-se que o trabalho seja base do sistema econômico, receba tratamento de principal fator de produção e participe do produto da riqueza e da renda em proporção de sua posição na ordem econômica.

H - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País - hoje, empresa brasileira é aquela que aqui se organize segundo as leis brasileiras e tenha sede aqui, pouco importando a nacionalidade de seu capital. Desse princípio, nos importa apenas que há uma preferência constitucional em relação às empresas que estejam estabelecidas no Brasil. Nada contra, entretanto, o investimento de capital estrangeiro.

Podemos dizer que, a partir do exame dos princípios e normas constitucionais, quando estamos falando em Direito Econômico, estamos no referindo a um ramo Direito positivo, com legislação (inclusive constitucional) a ele aplicável. No entanto, nem sempre as regras de Direito Econômico estão previstas normativamente, e, como servem de orientação aos "atores" do Direito Econômico para a realidade político-econômica do Estado, devem ser sempre observadas, pois, assim como os princípios, devem inspirar o legislador a concretizá-las em lei ou ao juiz para que as utilize na interpretação do texto legal.

Dada sua importância, veremos quais são as regras de Direito Econômico mencionadas pela doutrina:⁶

6 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*, p. 131 a 142.

A - Regra do Equilíbrio, busca incorporar o conceito de equilíbrio econômico às normas jurídicas. *Para toda relação de Direito Econômico há sempre um 'ponto de equilíbrio', ou uma 'zona de equilíbrio', que traduz a mais justa ponderação dos interesses individuais e sociais postos em confronto ante os fundamentos econômicos da ideologia adotada.*

B - Regra da Equivalência, significa a "igualdade de valores". *Quando as medidas de política econômica postas em prática por autoridade superior influem nos valores de bens e serviços em proporções maiores do que as que representam oscilações normais da conjuntura econômica, o pagamento da obrigação combinada deve satisfazer, na data de sua efetivação, ao 'valor' correspondente ao que representava no momento em que se ajustou o compromisso.*

C - Regra da Recompensa, significa dizer que nas relações econômicas há de ocorrer sempre um "prêmio" ao agente. Em economia não há que se falar em caridade. *A toda ação econômica deve corresponder um proveito que incida com os sacrifícios e dispêndios efetuados pelo sujeito da ação e, ao mesmo tempo, com o interesse geral dela decorrente.*

D - Regra da Liberdade de Ação, que se refere ao princípio da "autonomia da vontade", deve ser cotejada com as medidas de política econômica, partidas das autoridades competentes, uma vez que as responsabilidades assumidas pelo particular podem ser surpreendidas por novas condições objetivas, diferentes daquelas existentes no momento da declaração de vontade. *Uma vez assegurada a liberdade de ação econômica ao sujeito, pela ideologia adotada, o mesmo não pode ser responsabilizado pelas conseqüências decorrentes de atos de autoridade superior que venham modificar a orientação dada à política econômica vigente no momento da prática daqueles atos.*

E - Regra da Primazia da Realidade Social, fundada no princípio segundo o qual, o "fato social" tem força própria de imposição, capaz de conferir-lhe característica jurídica. Essa regra mostra que, havendo opções oferecidas pela norma, a escolha deve recair sobre aquela que melhor se ajuste à realidade social. *Ao dispor sobre o modo de manifestação dos atos e fatos econômicos, e ajustá-los à ideologia adotada, a norma de Direito Econômico deve obedecer fundamentalmente à realidade econômica, em vez de distorcê-la.*

F - Regra do Interesse Social, vincula-se ao preceito de "justiça distributiva", pois parte do pressuposto de que existe uma desigualdade que há de ser compensada para que haja um tratamento desigual para se estabelecer um igualdade. *O Direito Econômico toma o interesse social como fundamento dos seus 'juízos de valor' e por essa orientação procura realizar os princípios da Justiça Distributiva.*

G - Regra da Indexação, significa a prática utilizada em Ciência Econômica de aplicação de 'índices' para o ajustamento de valores monetários defasados. *Quando a política econômica posta em prática pelas autoridades superiores*

faz variar o poder aquisitivo da moeda em índices que ultrapassam os admitidos numa economia estabilizada, cabe a essas autoridades assegurar também medidas defensivas dos interesses privados capazes de serem diretamente atingidos pelos seus efeitos.

H - Regra da utilidade Pública, possibilita o enquadramento da empresa privada à política econômica pública. *Nas relações do Estado com os particulares, assim como na política econômica praticada por ele ou pelo particular, a motivação pela utilidade pública deve ser predominante. As tarifas deverão ser compatíveis com os objetivos da administração e da política econômica, respeitados os legítimos interesses públicos e privados.*

I - Regra da Razão, refere-se, basicamente, ao tratamento da concorrência, na medida em que prende-se ao equilíbrio entre a produção e consumo, regulação do mercado, padronização da produção, estabilização dos preços, especializações da produção ou distribuição e restrição de distribuição de mercadorias do mesmo gênero, aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos bens e serviços e propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico e econômico. *Com o objetivo de garantir os reais objetivos da política econômica voltada para a defesa da concorrência, pode ser admitida interpretação que contrarie dispositivo legal nesse sentido, desde que conduza a efeitos reais em benefício comum e do mercado, mediante a prévia justificativa das razões admitidas.*

J - Regra da Irreversibilidade, deve ser levado em consideração todas as decisões em sede político-econômica, tendo em vista os seus desdobramentos futuros, e não apenas os seus efeitos presentes. *Nos projetos e nas decisões de medidas de política econômica, o agente deve previamente levar em conta as condições de irreversibilidade dos seus efeitos.*

K - Regra da Oportunidade, deve-se considerar sempre a oportunidade do comportamento do agente para se concluir quanto à sua legitimidade em face da política econômica. *Na apreciação do comportamento do sujeito de Direito Econômico deve ser levado em consideração o sentido de oportunidade como justificativa ante a política econômica.*

L - Regra da Precaução, os elementos ideológicos liberais da atividade econômica devem ceder lugar aos princípios da 'previsão' e da 'economicidade'. *Os agentes e os participantes, em geral, da política econômica do País, devem dispor de meios legais para evitar que medidas de política econômica não coincidentes com o interesse geral e com as atividades econômicas em particular venham a ser postas em prática, sem que tais agentes ofereçam garantias efetivas para a defesa contra a probabilidade dos prejuízos econômicos e sociais decorrentes.*

M - Regra da Flexibilização, assegura os direitos das partes contra os abusos econômicos das medidas das autoridades ou das negociações particulares. *Considerada como de natureza político-econômica, a 'flexibilização' deve ser ad-*

mitida como instrumento para garantir a defesa dos direitos das partes envolvidas nas negociações. Se a iniciativa couber às autoridades, esses direitos devem ser por elas assegurados, compensados ou assumidos, em caso de redução ou desequilíbrio para uma das partes. Se decorre de acordo privado entre as partes, esses limites devem contar com a ação tutelar da autoridade quanto às compensações pelas perdas negociadas.

N - Regra da Subsidiariedade. Na elaboração de suas normas, na opção pelas decisões e na aplicação ou interpretação de suas leis, a subsidiariedade deve ser sempre levada em consideração, pelo Direito Econômico, seja mediante referência explícita, ou por recurso espontâneo aos 'valores' jurídicos, econômicos ou políticos componentes de seu objeto.

5. A EXTRAFISCALIDADE E AS REGRAS DE DIREITO ECONÔMICO

Como se sabe, o tributo é objeto da prestação jurídica tributária e a consistência material deste objeto (dinheiro ou coisa ou serviço) consiste sempre num bem cujo valor econômico é relevante. A satisfação da prestação jurídica tributária tem como resultado a perda deste bem. A pessoa que satisfaz a prestação pela entrega do objeto da mesma, sofre, no plano econômico, um ônus econômico. Além disso, este ônus econômico poderá ser repercutido, no todo ou em parte, sobre outras pessoas, segundo as condições de fato que regem o fenômeno da repercussão econômica do tributo.⁷

A partir, portanto, da idéia de que a tributação nada mais é do que a interferência do Estado na esfera econômica do particular podemos chegar à conclusão de que o tributo, além da função arrecadatória para custeio das despesas públicas, serve como instrumento das mais diversas políticas econômicas e social deste mesmo Estado (conforme a ideologia adotada). É a chamada extrafiscalidade.

Quando, por exemplo, o Estado concede incentivos fiscais a determinada empresa, institui determinado imposto sobre alguns negócios jurídicos, certamente estará utilizando-se do tributo não para fins meramente arrecadatórios, mas, sim, para fins de implementação de sua Política Econômica.

Nesse ponto encontramos o Direito Econômico dando sustentação, com suas regras, princípios e normas, à implementação da referida política. Razão pela qual, a instituição de tributos, visando a implementação de uma determinada política econômica, deve respeitar as referidas regras de Direito Econômico, e, em especial, a regra do equilíbrio, a fim de que se preservem tanto os interesses individuais como os sociais que se encontrem em confronto.

⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998. p. 532 e 533.

6. A INCIDÊNCIA ECONÔMICA COMO EFEITO EXTRAFISCAL DO ICMS EM RELAÇÃO À POLÍTICA DE IMPORTAÇÃO DE BENS DE CONSUMO POR PARTICULARES

a) A polêmica decisão do STF sobre o assunto e algumas contraposições de ordem tributária

Rezava o texto constitucional, antes da Emenda Constitucional n.º 33/2001, acerca da importação de mercadorias, e a incidência do ICMS:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, ainda quando se tratar de bem destinado ao consumo ou ativo fixo do estabelecimento, assim como sobre serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o estabelecimento destinatário da mercadoria ou do serviço.

Recentemente, o Egrégio Supremo Tribunal Federal proferiu a seguinte decisão, quando instado a manifestar-se sobre a constitucionalidade da exação de ICMS em razão de importação de veículo por particular:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPORTAÇÃO: PESSOA FÍSICA NÃO COMERCIANTE E NÃO EMPRESÁRIO: NÃO INCIDÊNCIA.

I. - Veículo importado por pessoa física, que não é comerciante ou empresário, destinado ao uso próprio: não incidência do ICMS. Precedente do STF: RE 203.075-DF, M. Maurício Corrêa p/ acórdão, Plenário, 05.08.98.

II. - R. E. conhecido e provido.

No corpo do acórdão sustentou o E. Ministro CARLOS VELOSO: *O contribuinte do ICMS é o vendedor, não obstante tratar-se de um imposto que repercute e acaba sendo pago pelo comprador. Todavia, esse é um fato econômico, que o Supremo Tribunal Federal entende não que não tem relevância na relação jurídica contribuinte-fisco. Se o contribuinte é o vendedor, numa importação não haveria paga-*

mento de ICMS, pelo simples motivo de o exportador estar no exterior. Foi preciso, portanto, que a Constituição estabelecesse, expressamente, a incidência deste tributo na importação, e expressamente explicitou que o seu pagamento seria feito pelo comprador, ou seja, pelo importador. Ao estabelecer a incidência, no caso, o constituinte, entretanto, optou pelo comerciante, ou pelo industrial, é dizer, por aquele que tem um estabelecimento, certo que o particular, que não é comerciante ou industrial, tem simplesmente domicílio ou residência. E, porque procedeu assim o constituinte? Porque o importador, assim o comprador, que é comerciante ou industrial, pode, na operação seguinte, utilizar o crédito do tributo que pagou no ato do desembaraço aduaneiro. O particular, que não é comerciante ou industrial, jamais poderia fazer isso. É dizer, caberia a ele o ônus total do tributo.

Primeiramente, numa análise meramente gramatical, entendeu o STF que o ICMS não incide sobre a operação de importação do estrangeiro de veículo, por particular, porquanto este (que não exerce atividade de comerciante ou industrial) não possui estabelecimento, mas, sim, domicílio ou residência.

Com a devida vênia, ousamos divergir deste entendimento.

Para uma acertada análise do texto constitucional, deve ser compreendida a incidência do ICMS em duas situações bem distintas: *primeira*, incide o ICMS quando a mercadoria⁸ for destinada ao consumo,⁹ nesse caso, desimporta a questão do estabelecimento, de o importador ser ou não comerciante; *segunda*, quando a mercadoria for importada do estrangeiro destinada a compor ativo fixo da empresa, aí surge a figura do comerciante ou empresário.

A leitura do texto constitucional deixa claro que a destinação do bem é que vai definir a incidência do ICMS, independentemente da figura do importador, seja ele comerciante ou não. Quer dizer, se o bem foi adquirido para consumo, incide o ICMS, mesmo que o importador seja pessoa não comerciante. Se o bem foi adquirido para compor o ativo fixo da empresa, também é caso de incidência.

Na primeira hipótese, tanto o particular como o empresário importam o bem como destinatários finais, e, no segundo caso, o bem importado será utilizado como ativo imobilizado da empresa para auxiliar na comercialização ou fabricação de outros produtos. São situações bem distintas entre si.

Além disso, a Lei Complementar n.º 12/96, modificando a legislação anterior, é clara ao desconsiderar (no art. 12, inc. IX) totalmente o estabelecimento do importador na fixação do momento em que ocorre o fato gerador do ICMS, eis que este ocorrerá quando do desembaraço aduaneiro das mercadorias importadas do exterior.

8 Conceito econômico de mercadoria: bem móvel destinado à comercialização.

9 Art. 2º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990: Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

De outro lado, no tocante à questão da aplicação do princípio da não-cumulatividade,¹⁰ novamente entendemos estar equivocada a posição do STF.

Para o Pretório Excelso, a incidência do ICMS sobre a operação realizada particular, que importa bem de consumo do exterior, infringiria o princípio constitucional da não-cumulatividade,¹¹ na medida em que este acabaria por suportar o ônus total do tributo.

A bem da verdade, este princípio é destinado a minimizar o impacto do ICMS sobre os preços dos bens e serviços de transporte e de comunicações, e a sua eliminação do sistema os tornariam artificialmente mais onerosos. Caso fosse suprimida, a cumulatividade tributária geraria um custo artificial indesejável aos preços dos produtos e serviços comercializados. Esses preços estariam totalmente desvinculados da realidade, da produção e da comercialização. Isto oneraria o custo de vida da população, e encareceria o processo produtivo e comercial, reduzindo os investimentos empresariais, em face do aumento dos custos ocasionado por esse artificialismo tributário oriundo da cumulatividade.¹²

Além disso, os princípios da igualdade e da capacidade contributiva mantêm congruência com o princípio da não-cumulatividade. O objetivo último da produção e circulação de mercadorias e prestação de serviços é o consumidor final. É para a satisfação de suas necessidades que está direcionada a atividade dos produtores, das empresas industriais, comerciais, prestadoras de serviços, etc. Os princípios constitucionais da igualdade e da capacidade contributiva, por seu turno, são comandos constitucionais endereçados ao legislador ordinário. A ele incumbe a tarefa de instituir impostos que sejam uniformes e que respeitem a capacidade econômica de todos aqueles que estejam na mesma situação jurídica. Assim, deverá o legislador impor aos agentes do ciclo de produção/comercialização/prestação de serviços, uma única regra de comportamento, para que a carga tributária incorporada ao preço da mercadoria seja uniforme, da mesma forma, a lei não pode estabelecer que, em certas etapas do ciclo, a não-cumulatividade seja abolida. A sua preservação pelo legislador ordinário faz com que se mantenha o poder do consumidor de adquirir esses produtos e serviços.¹³

Então, o sistema da não-cumulatividade, não está direcionada, a priori, para o consumidor final, mas dela ele recebe seus reflexos, quando da aquisição dos bens de consumo.

10 Art. 155, § 2º, I, da CF/88: O ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal.

11 Princípio constitucional, ligado ao princípio da igualdade e ao princípio da capacidade contributiva, que envolve créditos e débitos num determinado período de apuração, impondo-se a compensação de tais elementos.

12 MELLO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000. p. 194.

13 *Idem*, p. 194 e 195.

A não aplicação do princípio da não-cumulatividade, na hipótese de incidência do ICMS para os veículos importados do estrangeiro, por particulares, em nada alterará a sistemática da não cumulatividade do ICMS, na medida em que este, na última etapa da circulação da mercadoria, é que arca com toda a carga tributária embutida no preço final do produto. É o que Alfredo Augusto Becker chama de contribuinte de fato, ou seja, a pessoa que suporta definitivamente o ônus econômico do tributo (total ou parcial), por não poder repercutí-lo sobre outra pessoa, é o contribuinte “de fato”. Em síntese: contribuinte “de fato” é a pessoa que sofre a incidência econômica do tributo acima conceituada. Além disso, o referido mestre nos ensina que na trajetória da repercussão econômica do tributo haverá uma pessoa que ficará impossibilitada de repercutir este ônus econômico sobre outra ou haverão muitas pessoas que estarão impossibilitadas de repercutir a totalidade do ônus tributário, em consequência, cada uma suportando definitivamente uma parcela do ônus econômico tributário. Esta parcela do ônus econômico tributário (ou sua totalidade) que é suportada definitivamente por uma pessoa é a incidência econômica do tributo.¹⁴

Daí que, ao contrário do que afirma o STF, todo aquele que importar veículo do exterior, sem o pagamento do ICMS, estará desvirtuando o sistema tributário, pois terá vantagens econômicas em relação aquele particular que, sem ter condições econômico-financeiras, irá adquirir um veículo nacional, assumindo, por último, todo o encargo tributário (inclusive o ICMS) embutido no preço final do produto. Há flagrante injustiça tributária e desrespeito aos princípios da igualdade e capacidade contributiva.

De outra sorte, a premissa, que deu base para a decisão do STF, de que o comerciante ou industrial, pode, na operação seguinte, utilizar o crédito do tributo que pagou no ato do desembarço aduaneiro, não é plenamente verdadeira.

Isso porque, permite o STF a incidência do tributo sempre que o comerciante ou industrial importe do estrangeiro bem para consumo ou ativo fixo da sua empresa.

Nesse caso, como bem assinalou o eminente Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Dr. Rodinei Escobar Xavier Candeia, no sistema do ICMS, para gerar crédito é preciso que a mercadoria objeto da operação anterior circule, isto é, troque novamente de titular, posto que em não circulando não haverá possibilidade que o imposto seja cumulativo, uma vez que não ocorrerá operação posterior tributada.¹⁵ Por exemplo, se uma empresa importa um veículo, para uso exclusivo de sua diretoria, não seria crível dizer que haveria crédito tributário decorrente da referida importação, pois, no caso, o veículo seria utilizado para

14 BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, p. 533.

15 CANDEIA, Rodinei Escobar Xavier. *A Lei Kandir e o IVA, Influências do imposto sobre o valor agregado europeu no ICMS*, Universidade de Barcelona, 2000. p. 49.

uso pessoal dos executivos da empresa, razão pela qual a empresa não poderia creditar-se em suas operações futuras.

O equívoco do STF está em tratar duas situações idênticas de forma desigual. Ora, quando a importação de mercadoria do estrangeiro for para consumo (do estabelecimento) haverá incidência do ICMS, porque o importador é empresa (comercial ou industrial), com estabelecimento (e não domicílio ou residência), mesmo que não se possa aplicar o princípio da não-cumulatividade. Mas, quando o particular, não comerciante, for importar o mesmo bem do estrangeiro, não haverá a incidência do ICMS.

Pergunta-se: qual a diferença, se em ambos os casos não será aplicável a regra da não-cumulatividade?

b) A extrafiscalidade e sua compreensão básica

Ricardo Lobo Torres¹⁶ assim conceitua extrafiscalidade:

A extrafiscalidade consiste na utilização do tributo para obter certos efeitos na área econômica e social, que transcendem a mera finalidade de fornecer recursos para atender às necessidades do Tesouro. A política extrafiscal justifica a elevação das alíquotas e o tributo excessivo, ao fito de coibir atividades nocivas ou prejudiciais à saúde, ao desenvolvimento econômico, à educação, etc.

Neste mesmo sentido, temos a lição de Sacha Calmon Navarro Coelho:¹⁷

A extrafiscalidade, basicamente, é o manejo de figuras tributárias, diminuindo ou exasperando o quantum a pagar com o fito de obter resultados que transcendem o simples recolhimento do tributo, muito embora a instrumentação extrafiscal não signifique, necessariamente, perda de numerário. Muitas vezes redundando em maior receita como em certos casos de agravamento de alíquotas, visando inibir determinados comportamentos, hábitos ou atividades consideradas inconvenientes. É o caso, no Brasil, da pesada tributação sobre o consumo de bebidas e cigarros.

Mais adiante, ainda afirma o proeminente tributarista:

*O ICM, hoje ICMS, apesar de seu feitio aparentemente neutro, apresentou-se como formidável instrumento de intervenção na economia.*¹⁸

16 TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 119.

17 COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1998: Sistema Tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 388.

18 Idem, p. 389.

Vê-se, dessa forma, que em muitos casos a finalidade precípua de certos tributos não será a de um mero instrumento de arrecadação de recursos para o custeio das despesas públicas, mas a de um instrumento de intervenção estatal no meio social e na economia privada.

Alfredo Augusto Becker¹⁹ afirma com propriedade:

Ora, o Direito Tributário é justamente o instrumento fundamental do Estado para poder realizar sua intervenção na economia. A utilização do instrumental jurídico-tributário com esta finalidade fez surgir, nos últimos anos, uma nova ciência: a Política Fiscal.

Mais adiante pontifica:

*O Direito Tributário não tem objetivo (imperativo econômico-social) próprio; ou melhor, como todo Direito Positivo, o Direito Tributário tem natureza instrumental e seu “objetivo próprio” (razão de existir) é ser um instrumento a serviço de uma Política. Esta (a Política) é que tem seus próprios e específicos objetivos econômico-sociais. Por isso, cumpre lembrar que a tributação extrafiscal serve tanto de reforma social, como para impedi-la.*²⁰

A nossa Constituição Federal de 1988 dá (bons) exemplos de que temos um Estado intervencionista, e que se utiliza do Direito Tributário e do Direito Econômico para fazer valer sua Política Econômica (solidária), v. g., art. 155, X, a, da CF/88.

c) A incidência do ICMS na importação de veículos do estrangeiro como política extrafiscal de Direito Econômico

O STF, antes da Emenda Constitucional n. 33/2001, ao analisar a questão da incidência do ICMS, na importação de veículo do estrangeiro por particular, pela exegese do texto constitucional, não levou em consideração o fator extrafiscal, que também serve de base à exação tributária. A nosso sentir, manteve-se interpretando o texto dentro de seu conteúdo semântico, apenas.

Como vimos alhures, a extrafiscalidade consiste no emprego de fórmulas jurídico-tributárias para a obtenção de metas que prevalecem sobre os fins simplesmente arrecadatórios de recursos monetários.²¹

Afirmam a maioria dos tributaristas de renome, que há muito o ICMS deixou de ser um imposto “neuro”, e passou a ser considerado como um excelente meio, ou instrumento, de intervenção do Estado na Economia.

Ou seja, muitas vezes o ICMS pode servir como fator de fomento industrial, mediante a criação de regras de isenção, a fim de que determinada(s) indústria(s) se instalem em local considerado estratégico para o Estado.

19 *Ob. cit.*, p. 593.

20 *Ob. cit.*, p. 596.

21 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 230.

Outras vezes, entretanto, o ICMS, considerado em sua extrafiscalidade, pode servir como importante instrumento de regulação da livre concorrência, de igualdade entre consumidores, mercado interno, proteção de empregos, etc. Claro que dentro dos limites ideológicos de cada Política Econômica implantada, e respeitadas as regras de Direito Econômico.

A norma tributária está, portanto, a serviço do Direito Econômico, e vice-versa, na medida em que muitas vezes, seus conteúdos existem concomitantemente. É que o Direito Econômico está voltado para a regulação da atividade sob o ponto de vista macrojurídico, enquanto o Direito Tributário estaria voltado à regulação *sob* o ponto de vista microjurídico. Essa distinção, traçada pelo jurista Eros Grau, dispõe que a *regulação* microjurídica respeita à ação do agente econômico, unitariamente considerada, ao passo que a regulação macrojurídica refere-se a ações econômicas (de um modo global).²²

Salienta, a propósito, Eros Grau que, disciplinando juridicamente a atividade econômica, o Estado passa a lançar técnicas de direção sobre os mercados. O que caracteriza os mercados é o clima de liberdade, dentro do qual se movimentam os agentes econômicos. Pois bem: a direção, administração ou organização dos mercados, pelo Estado, se dá justamente mediante a imposição de técnicas de direção sobre aquele clima de liberdade.²³

Quando, então, permite-se a incidência de um determinado tributo (no caso o ICMS), sobre determinada atividade econômica (no caso a importação de bens de consumo do estrangeiro), levando-se em consideração a ideologia da Política Econômica do País, a regra tributária, dada a sua finalidade extrafiscal, passa a ter a conotação de norma de Direito Econômico.

Quando o Estado intervém nas relações econômicas privadas, mediante a criação de um tributo, ou alargando seu espectro de incidência, sobre as importações, está apenas pondo em prática parte de sua Política Econômica.

O Direito Econômico também trabalha as relações entre particulares, com o objetivo de condicioná-las àquele princípio ideológico adotado. Por isso, as importações, exportações, formas de exercer a concorrência, igualdade entre consumidores, são atividades que influem no mercado, e devem ser consideradas em face da Política Econômica, de modo a serem permitidas, reprimidas ou estimuladas, segundo as circunstâncias.

Assim, se por um lado temos uma norma de Direito Tributário, impondo ou alargando o espectro de incidência de um tributo (ICMS), por outro também temos uma norma de Direito Econômico, uma vez que a finalidade extrafiscal do tributo (ICMS) procura proteger determinada Política Econômica.

22 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981. p. 28-9.

23 GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*, p. 20.

No caso aqui tratado, a importação de bens de consumo (veículos) do estrangeiro por particulares, sem a incidência do ICMS geraria certo desequilíbrio para o mercado, na medida em que a aquisição desses bens (veículos) do estrangeiro sairia mais em conta do que a sua aquisição diretamente das revendas (e indústrias) estabelecidas no País. Como consequência, somos forçados a acreditar que essas indústrias não mais investiriam no País, os trabalhadores teriam menos postos de emprego. O Estado, por sua vez, deixaria de arrecadar e, ainda por cima, teria de concentrar-se na criação de novos empregos.

Além disso, a aquisição dos bens de consumo do estrangeiro sem a incidência do ICMS poderia gerar uma concorrência desleal, da indústria estrangeira em face da indústria aqui estabelecida.

Não menos importante, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e (principalmente) a *harmonia das relações de consumo*.²⁴ Razão pela qual, por uma questão de justiça, não seria de admitir-se que somente alguns consumidores tivessem acesso a produtos importados sem a incidência de toda a carga tributária, tradicionalmente embutida em produtos similares no País.

Em sede de Direito Econômico, a questão trazida ao debate deve ser analisada sob a regência das regras do equilíbrio, interesse social, razão e, também, deve ser analisada em face dos princípios da economicidade, soberania nacional, livre concorrência, defesa do consumidor e busca do pleno emprego.

7. A ALTERAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL

Em 12 de dezembro de 2001 foi publicada no Diário Oficial da União a Emenda Constitucional nº. 33, que alterou os artigos 149, 155 e 177 da Constituição da República Federativa do Brasil.

A nosso estudo importa destacar a alteração havida na alínea *a* do parágrafo segundo do inciso IX do artigo 155 da Constituição da República de 1988, cuja redação é a seguinte, *verbis*:

Art. 155 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

§ 2º - O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

IX - incidirá também:

a) sobre a entrada de bem ou mercadoria importados do exteri-

24 Art. 4.º da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.

or por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade, assim como o serviço prestado no exterior, cabendo o imposto ao Estado onde estiver situado o domicílio ou o estabelecimento do destinatário da mercadoria, bem ou serviço;
(...)

Em vista da polêmica existente na interpretação do texto anterior da Carta Magna, pormenorizou-se aquilo que a nosso sentir era evidente, ou seja, autorização da incidência do ICMS sobre entrada de bem ou mercadoria importados do exterior por pessoa física ou jurídica, ainda que não seja contribuinte habitual do imposto, qualquer que seja a sua finalidade.

Com a presente alteração do texto constitucional fica superada a jurisprudência do STF, que desonerava o particular, que não exercia atividade de mercancia, de pagar ICMS, em caso de importação direta de mercadoria ou bem de consumo.

Fica a questão, porém, segundo a doutrina, pendente de regulamentação por Lei Complementar e previsão estadual, para que o ICMS possa ser cobrado dos que importarem do exterior bens de consumo.²⁵

Convém, contudo, demonstrar o disposto no artigo 2º da Lei Complementar n.º 87, de 13 de setembro de 1996, que regulamentava o art. 155, § 2º, IX, *a*, da Constituição da República de 1988, antes mesmo da edição da Emenda Constitucional n.º 33, *verbis*:

Art. 2º - O imposto incide sobre:
(...)

§ 1º - O imposto incide também:

I - sobre a entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

René Bergman Ávila,²⁶ antes mesmo da EC n.º 33, já afirmou:

Com a edição do citado dispositivo constitucional, o imposto - repita-se - passou a incidir também na importação de bens que não sejam mercadorias. É outra hipótese de incidência excepcionalmente prevista em nível constitucional.

Por sua vez, no Rio Grande do Sul, o artigo 2º, II, *a*, da Lei n. 8.820, de 27 de janeiro de 1989, equipara à mercadoria o *bem importado, destinado a*

25 MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS e a Emenda 33. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 80, p. 44.

26 ÁVILA, René Bergman. ICMS Lei Complementar n.º 87/96 Comentada e Anotada. Síntese: Rio Grande do Sul, 2. ed. p. 76.

pessoa física ou, se pessoa jurídica, destinado a uso ou consumo do estabelecimento destinatário, para, posteriormente, no artigo 3º, VI, dizer que incide o ICMS na entrada de mercadoria importada do exterior, por pessoa física ou jurídica, ainda quando se tratar de bem destinado a consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Portanto, entendemos, pois, desnecessária edição de Lei Complementar ou Lei Estadual para regulamentar o art. 155, § 2º, IX, a, da Constituição da República, eis que as disposições legais acima mencionadas foram recepcionadas pela alteração advinda da Emenda Constitucional nº. 33.

CONCLUSÕES

a. O Direito Econômico é de suma importância para as relações econômicas (e sociais), pois é mediante a sua atuação que o Estado ordena e regula a atividade econômica, segundo sua visão ideológica de política econômica, e sob a inspiração dos ideais de justiça social, valorização do trabalho humano, desenvolvimento e livre iniciativa.

b. Para que se visualize melhor o aspecto dogmático e eficaz do Direito Econômico mister se faz a análise dos diferentes conceitos jurídicos de Regras, Princípios e Normas.

c. As regras, em Direito Econômico, são de grande relevância, pois em que pese nem sempre serem previstas normativamente, devem sempre ser observadas, e devem, principalmente, inspirar os juizes para que as utilizem na interpretação do texto legal (constitucional).

d. A norma tributária, por sua vez, pode assumir contornos de normas de Direito Econômico, se observado o efeito extrafiscal, isto porque ao partir-se da idéia de que a tributação serve não só como função arrecadatória, mas, também, como instrumento de realização das mais diversas políticas econômicas, é que chegamos à conclusão de que a intervenção do Estado na esfera econômica do particular deve observar e respeitar os interesses individuais, que estão obviamente em confronto com os interesses sociais. Nesse caso, a eficácia extrafiscal deve ser analisada sob a regência das regras de Direito Econômico, em especial a *regra do equilíbrio*.

e. Sob o ângulo tributário (exclusivamente), o STF cometeu equívoco exegético, ao considerar inconstitucional a exação do ICMS sobre as importações de veículos realizada por pessoa física não comerciante ou não empresário.

f. Na mesma linha, ao analisar o texto constitucional, o E. STF desprezou por completo a extrafiscalidade do ICMS, em relação às importações de veículos do estrangeiro, por particular, em especial tudo aquilo que diga respeito com as normas, regras e princípios de Direito Econômico.

g. Com a edição da Emenda Constitucional nº 33 restou totalmente ultrapassado o entendimento jurisprudencial do STF, acerca da não incidência do ICMS, quando da importação de bens de consumo por particulares não comerciantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA, René Bergman. ICMS Lei Complementar n.º 87/96 Comentada e Anotada. Síntese: Rio Grande do Sul, 2. ed. 1997.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.
- CANDEIA, Rodinei Escobar Xavier. A Lei Kandir e o IVA, Influências do imposto sobre o valor agregado europeu no ICMS, Universidade de Barcelona, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1998: Sistema tributário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. Malheiros Editores, 1996.
- MELLO, José Eduardo Soares de. *ICMS Teoria e Prática*. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Editora LTR.
- GRAU, Eros Roberto. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: R. dos Tribunais, 1981.
- MACHADO, Hugo de Brito. *O ICMS e a Emenda 33*. São Paulo: Dialética, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.



**BREVE INDICAÇÃO PARA UM ESTUDO DA
CONTRIBUIÇÃO DAS CORTES
INTERNACIONAIS PARA O DIREITO
ECONÔMICO****

Ricardo Antônio Lucas Camargo*

* Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

** O presente texto desenvolve tema incidente à tese de doutoramento do autor defendida em 5 de agosto de 1996 perante banca examinadora composta pelos Professores Washington Peluso Albino de Souza (orientador – UFMG), Eros Roberto Grau (USP), Werter Faria (UFRGS), Elza Maria Miranda Afonso (UFMG) e Aroldo Plínio Gonçalves (UFMG), intitulada ***Efetivação jurídica dos objetivos da política econômica – eficácia da norma de direito econômico.***



Breve Indicação ...

116 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 115-127, 2002



É de óbvio conhecimento que as decisões dos agentes econômicos, tanto privados como públicos, por vezes, ultrapassam o âmbito territorial de um Estado soberano. Tanto assim o é que copiosa bibliografia se produziu para estudo dos contratos internacionais do comércio no campo do Direito Internacional Privado.

Entretanto, muitos dos conflitos de interesse subjacentes à política econômica privada ou pública que ultrapasse o âmbito territorial de um Estado têm repercussões sobre a esfera jurídica de pessoas que, por vezes, são completamente alheias à relação contratual, o que se mostra escapo ao âmbito do Direito Internacional Privado, cujo objetivo é, acima de tudo, a definição dos contornos da relação jurídica privada, travada sob a égide de mais de um ordenamento jurídico. De outra parte, a submissão mesmo da sobrevivência de dispositivos constitucionais concernentes à ordem econômica e à dimensão do Estado a contratos de financiamento internacional, invertendo a hierarquia normativa tal como enunciada pela praxe do constitucionalismo norte-americano e encampada pelos países tributários do constitucionalismo de matriz liberal, demonstra como o poder econômico privado *“havia crescido demasiadamente e já influía no Poder político. Essa influência oscilava desde a dependência do Estado, em matéria de obtenção de recursos, seguindo a tradição dos orçamentos de arrecadações tributárias para fazer face à sua manutenção, até à corrupção pelo voto, elegendo legisladores e administradores, ou pelo comprometimento direto em negócios mais ou menos escusos, como uma fatalidade da ‘economia de mercado’, uma vez que, na regra fundamental da ‘luta’, aquele que não cresce acaba por perecer diante do competidor mais poderoso”* (16:314). Esta discussão também é totalmente estranha ao Direito Internacional Privado, embora possa contribuir, no tocante às soluções para os denominados “conflitos de leis no espaço”, para a identificação de uma das circunstâncias relevantes que se mostram obstativas à aplicação do direito estrangeiro, que é a ordem pública.

De outra parte, as relações inter-estatais, que constituem objeto do Direito Internacional Público, travam-se em um clima de igualdade formal (2:67), de tal sorte que nenhum Estado soberano estará sujeito aos mandamentos emanados de qualquer dos poderes constituídos de outro Estado soberano, seja do Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário. Assim, não poderá, em princípio, o súdito de um Estado soberano, demandar, perante a justiça de seu Estado a outro Estado soberano. Também não poderá um Estado soberano, perante seus próprios Tribunais, demandar a outro Estado soberano, a despeito de precedente da Justiça Federal brasileira em sentido contrário (8:77-78). É a regra do *par in parem non habet iudicio*, mercê da qual vem desafiando os juristas a busca da mais efetiva forma de solução pacífica de conflitos de interesse no âmbito internacional.

A regra do *par in parem non habet iudicio* conduziu a que as soluções de controvérsias no plano internacional se sujeitassem à arbitragem (6:10).

Entretanto, constituindo esta um meio *ad hoc*, insuficiente para atender a casos em que haveria mister uma maior generalização, e, por vezes, traduzindo

uma vantagem maior para o Estado mais poderoso, criaram-se as Cortes Internacionais permanentes (12:36).

O fato de existir uma Corte Permanente de Arbitragem não infirma a assertiva, porquanto, como lembra ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, tal “Corte” é apenas uma estrutura que acomoda um corpo de árbitros a serem eleitos a partir de uma listagem (20:17).

O acesso a estas Cortes, em princípio, somente se viabiliza mediante o esgotamento dos recursos no Direito interno.

A razão de ser para esta regra é-nos dada por ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (21:104-105): “como **conditio sine qua non** do exercício de represálias (no passado mais distante) e da proteção diplomática (nos tempos modernos), não raro a regra impediu a intervenção, em épocas em que os soberanos e Estados se mostravam menos relutantes para recorrer à força física do que parecem ser hoje. A regra exerceu, assim, uma função proeminente ao assegurar uma certa medida de respeito pela soberania dos Estados, minimizando tensões e favorecendo as condições de intercâmbio pacífico e relações comerciais entre soberanos e Estados, e levando ao estabelecimento de tribunais (para julgar reclamações) e recursos. Excetuavam-se da aplicação da regra os casos de denegação de justiça, atrasos indevidos e outras irregularidades processuais graves”.

Em se tratando de violações a Direitos Humanos fundamentais, a regra sofre também atenuações, considerando a experiência recentíssima na América Latina quanto à decretação de estados de exceção sem que se conte com garantias processuais idôneas e eficazes que se sujeitem a controle de legalidade, restringindo-se, destarte, às postulações concernentes a reparações pecuniárias (19:65-67).

Assim, nada haveria de anacrônico em se aplicar, perante a Corte Internacional de Justiça, a objeção de que lançou mão a Islândia no caso dos pesqueiros ingleses que estariam ilegalmente a exercer sua atividade em águas islandesas em caso semelhante, porquanto não se teria em jogo uma questão de grave violação que justificasse, de logo, o recurso a órgãos supranacionais, já que não se trata, em princípio, de se denegar o acesso à proteção jurídica das pessoas envolvidas, diferentemente do que ocorreria nos casos em que interessadas as pessoas excluídas, não formalmente, mas materialmente, da tutela da ordem jurídica. A assertiva de CELSO LAFER, embora dirigida aos apátridas – indivíduos formalmente excluídos da ordem jurídica –, cabe como luva aos materialmente excluídos:

“A asserção de que a igualdade é algo inerente à condição humana é mais do que uma abstração destituída de realidade. É uma ilusão facilmente verificável numa situação-limite, como a dos internados em campos de concentração. Estes se deram conta de que a única dimensão que lhes sobrava era o fato de serem humanos. Pessoas forçadas a viver fora de um mundo comum, vale dizer, excluídas de um repertório compartilhado de significados que uma comunidade políti-

ca oferece e que a cidadania garante, vêem-se jogadas na sua **natural giveness**. As **displaced persons**, precisamente por sua falta de relação com um mundo, foram e continuam sendo tentação constante para os assassinos e para as nossas próprias consciências. É como se não existissem. São supérfluas. Esta é a nota básica da ruptura representada pelo totalitarismo, pois a tradição ocidental, baseada no valor da pessoa humana como 'valor-fonte' de todos os valores, viu-se frontalmente contrastada com uma situação criada no seu próprio bojo – e não por ameaça externa, como no passado os mongóis em relação à Europa – que produziu, de um lado, bárbaros, e de outro forçou milhões de pessoas, tidas como supérfluas, a voltarem ao estado de natureza” (7:150-151).

Por outro lado, a formação de Tribunais supranacionais mostrou-se, efetivamente, responsável pelo sucesso de medidas destinadas à concreção do processo integracionista, já que resolvem conflitos interpretativos que podem, por vezes, tornar inócuas as medidas destinadas à harmonização legislativa (5:118). Deixando, no momento, a interessante discussão sobre eventuais distinções entre os Tribunais Comunitários e os Tribunais Internacionais, no contexto deste trabalho aqueles como especialização destes últimos serão considerados, porque sua jurisdição ultrapassa o âmbito territorial de um Estado e porque criados por Tratados Internacionais (9:1101).

Noticia-se histórica desconfiança dos países do Terceiro Mundo para com a Corte Internacional de Justiça em Haia, tendo em vista sua própria composição, em que não se acham suficientemente representados (17:37-39; 9:530-539), desconfiança esta que, contudo, começou a arrefecer a partir da decisão no caso Nicarágua x Estados Unidos.

Registram-se, hoje, além da Corte Internacional de Justiça, as Cortes especializadas, como o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia, as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal de Justiça do Acordo de Cartagena, o Tribunal de Direito do Mar, consoante pesquisa de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE (20:19).

Inúmeras questões de profundo interesse para o Direito Econômico foram decididas pelas Cortes Internacionais.

Dentre os casos examinados pela Corte Internacional de Justiça em Haia, podem ser mencionados o do conflito entre o Reino Unido e a Noruega, a respeito da delimitação da área pesqueira desta, tendo sido considerado lícita a conduta do país escandinavo, tendo em vista os problemas do esgotamento dos recursos ictiológicos que se aguçaram no pós-II Guerra Mundial (14:230-233; 12:33), o da definição dos direitos dos súditos norte-americanos no Marrocos, então colônia francesa (1948), afetados por medidas de controle monetário e de importações (14:246-247), o do tratamento dispensado aos súditos da Libéria e da Etiópia no Sudoeste Africano pelo Governo racista da África do Sul (17:39; 12:34), o da

remessa à arbitragem do conflito entre Grécia e Reino Unido sobre construção de navios (14: 248-250; 4:81), o dos direitos sobre o Golfo de Maine entre o Canadá e os Estados Unidos (12:39), o da *Anglo Iranian Oil Co.*, cuja renovação de concessão para exploração do petróleo o Governo iraniano recusou, à vista de não prestar a empresa suficiente atenção aos interesses nacionais, procedendo, em 1951, à nacionalização de toda a indústria petrolífera (14:250-253), o do conflito entre França e Reino Unido sobre as ilhotas do Canal da Mancha, onde havia interesses não apenas pesqueiros como de aproveitamento das marés na obtenção de energia elétrica (14:253-254; 12:33), o do conflito entre o Reino Unido, Argentina e Chile sobre terras na Antártida (14:261), o caso dos bônus noruegueses, mercê do qual se decidiu que conflitos sobre títulos da dívida pública deveriam ser decididos com base no Direito interno (14:261-263; 12:36), o da nacionalização, em 1942, por parte do Governo norte-americano, dos bens dos súditos inimigos, inclusive o controle de empresas (14:264-266), o do conflito entre Liechtenstein e Guatemala, pelo confisco dos bens do alemão, naturalizado cidadão de Liechtenstein, FRIEDRICH NOTTEBOHM, em virtude da declaração de guerra do país centro-americano à Alemanha nazista em 1943, bem como por comerciar com o inimigo (14: 254-255; 12: 33; 4:169-170), o da quebra da *Barcelona Traction Light and Power Company*, que funcionava no Canadá e cujas ações, em grande parte, pertenciam a súditos belgas, tendo seus bens, por ocasião da liquidação, sido arrecadados por um grupo espanhol (14: 270-272), o dos testes nucleares, envolvendo Nova Zelândia e França (18:185-186), o da composição do Comitê de Segurança Marítima da Organização Marítima Consultiva Intergovernamental (14: 272-274). No Tribunal de Justiça da Comunidade Económica Européia podem ser mencionadas as restrições à liberdade de circulação de trabalhadores em prol da ordem, da segurança e da saúde pública (1:470), o temperamento da circulação de capitais ao necessário para o bom funcionamento do mercado comum (1:478). No Tribunal Andino ou Tribunal do Acordo de Cartagena, estabeleceu-se a inadmissibilidade, em princípio, de que os Estados-partes criassem entraves legislativos à circulação de produtos no seio da Comunidade, quando delas oriundos, a prevalência das normas comunitárias sobre propriedade industrial, pechando de nulas as medidas legislativas nacionais que em sentido oposto dispusessem (13:58-61), a possibilidade, em face da Decisão nº 220 do Conselho do Acordo de Cartagena, de os Estados-partes legislarem sobre capitais estrangeiros, no sentido de se vetarem as suas incursões em setor adequadamente atendido pelas empresas nacionais existentes (22:174).

No primeiro caso, o interesse para o Direito Económico emerge pela consideração dos seguintes aspectos: o exercício de atividade económica, no caso, a pesca, a carência de víveres de uma determinada população por ocasião do pós-Guerra, a verificação da ocorrência de pesca predatória, apta a provocar o exaurimento dos recursos ictiológicos, já bastante afetados, a própria possibilidade de prejuízo para a economia inglesa. Nem só por configurar a decisão sobre o

conflito verdadeira medida de política econômica deixou de guardar, dentro do que se espera de uma decisão de um órgão jurisdicional, o caráter jurídico de composição da lide.

No segundo caso, a verificação do momento em que medidas de controle monetário e de restrição às importações passariam a configurar confisco e, portanto, atingiriam um dos elementos da liberdade de iniciativa, que seria a integridade do direito de propriedade, mesmo afetado a uma função social.

A verificação do tratamento dispensado aos súditos da Etiópia e da Libéria, inclusive no tocante à sua própria ubicação no mercado de trabalho, mostra como a temática dos direitos humanos não deixa de perpassar o interesse do Direito Econômico, com o que se tem por assentado, mais uma vez, que não corresponde à realidade considerar as medidas de política econômica como um universo reservado aos tecnocratas. Aliás, mesmo para eles, *“as interpretações fornecidas para o estudo das diversas economias nacionais são um campo de batalha. Para os economistas dos países subdesenvolvidos, a ordem econômica internacional é um mecanismo perverso que está matando, literalmente, milhões de seres humanos nos vários continentes. Já para o Primeiro Mundo, sobretudo para a sinistra ‘escola de Chicago’, o desempenho do ‘centro’ é um sucesso permanente”* (3:105).

Quando se remeteu à arbitragem o conflito entre Grécia e Reino Unido, o famoso caso *Ambatielos*, deve-se observar que tal se deu em virtude de nos Tratados entre os dois países haver sido a solução das controvérsias reservada à arbitragem. É o caso de lembrar, para não se invocar tal precedente em prol dos preconceitos a respeito do caráter meta-jurídico das medidas de política econômica, que a discussão sobre a ocorrência ou não de tentativa de se dominar este setor da realidade econômica internacional comportaria decisão por parte da Corte Internacional de Justiça. Se as normas invocadas se mostram imprecisas, é função do julgador precisar-lhes o sentido e dizer qual a solução jurídica adequada, isto é, qual o interesse subordinante e qual o subordinado na solução do conflito. Cabe, entretanto, o registro das razões apresentadas por CELSO DUVIVIER ALBUQUERQUE MELLO:

“A solução judiciária não se adapta às relações econômicas pelas seguintes razões: a) as normas jurídicas nem sempre existem e quando elas existem são imprecisas. As partes não fundamentam as suas pretensões no direito; b) as questões econômicas têm, muitas vezes, por objeto um prejuízo em potencial; c) as organizações internacionais não têm um órgão especializado para a solução do litígio, vez que ele faz parte do dia-a-dia da organização. O procedimento da solução do litígio é ‘interiorizado e multilateralizado’. A solução do litígio é uma das funções da organização; d) a rapidez e as flutuações das relações econômicas não dão longa duração às normas; e) as obrigações são vagas e imprecisas e dão aos Estados escapatórias para o caso delas

acarretarem graves prejuízos econômicos; f) não se identifica claramente a existência de um ilícito, porque não existem normas ou elas são imprecisas; g) a Corte Internacional de Justiça exige uma precisão na formulação jurídica; h) o procedimento judicial é formalista e preocupado com o primado do Direito e não deixa campo para o compromisso; i) o procedimento judiciário é lento” (11:78).

O quinto caso aponta para um dos temas mais palpitantes do Direito Econômico, que é o do espaço em que exercida a soberania econômica, isto é, o espaço sobre o qual pode um Estado legitimamente esperar a produção de efeitos dos atos jurídicos mediante os quais veicula as medidas de política econômica pública.

O sexto caso, que traduziu mais um exemplo histórico da tantas vezes por nós apontada tensão entre o poder econômico privado e o poder econômico público, em que este obteve uma de suas raras vitórias sobre aquele, sem que isto implicasse a derrubada do Governo (lembremos que a queda do Governo iraniano somente se deu em 1979, quando os xiitas do Aiatollah Khomeini assumiram o poder).

O conflito entre França e Reino Unido tem o mesmo sentido que o conflito entre Estados Unidos e Canadá, o que desde já demonstra, por outro lado, que a questão concernente à soberania econômica não constitui uma antigalha das preocupações de países subdesenvolvidos, mas, ao contrário, é preocupação constante dos países do Primeiro Mundo como essencial à sua identidade como Estados nacionais.

A importância da decisão do caso dos bônus noruegueses para o Direito Econômico resume-se na consideração de que o direito interno como critério único para a solução de conflitos sobre títulos da dívida pública vem como salvaguarda de um dos atributos da soberania econômica dos Estados, que é o poder de se auto-determinarem quanto ao momento de se endividarem, na forma que prescrever o direito interno e não através de disposições que possam se colocar escapas aos mecanismos de controle dos gastos públicos neles existentes.

A nacionalização dos bens dos súditos inimigos por parte do Presidente Roosevelt durante a Segunda Guerra Mundial não traduziu, ao contrário do que possa parecer a uma primeira vista, um confisco, mas sim uma defesa do Estado norte-americano contra as possíveis investidas do poder econômico privado que estivesse comprometido com a vitória do Eixo, renunciando as nacionalizações que seriam feitas na França pelo Conselho Nacional da Resistência.

O caso anterior também guarda uma ligação com o conflito entre o Reino Unido, a Argentina e o Chile sobre terras na Antártida, no sentido de que se trata do acesso mais direto aos recursos naturais, de sorte a definir a situação de dependência ou independência em relação a tal ou qual recurso, o que não deixa de influir, evidentemente, no poder de barganha do Estado em face de outras potências ou de grandes corporações.

O caso *Nottebohm*, em que o Principado de Lichtenstein e a República da Guatemala contenderam guarda a sua importância para o Direito Econômico não apenas no que diz respeito à possibilidade de o poder econômico privado vir, inclusive, a atuar em sentido contrário à orientação política de determinado Estado, como referido ao se comentar a nacionalização levada a efeito pelo Governo Roosevelt, como também no fornecimento de subsídios a respeito do debate sobre a nacionalidade do capital.

O caso *Barcelona Traction* traz um dos dados mais interessantes para o Direito Econômico no sentido da verificação do real critério para a definição da nacionalidade da empresa, se o local da sede ou se o da nacionalidade de seus controladores, tendo a Corte Internacional de Justiça, majoritariamente, entendido que deveria prevalecer o critério da sede, desconsiderando que mais próximo à realidade seria o critério que permitisse ao Estado receptor verificar, como asseverou um dos que aplaudiram a decisão da Corte, “os eventuais riscos resultantes dos capitais estrangeiros na economia nacional” (4:409).

O caso dos testes nucleares envolvendo Nova Zelândia e França aponta para a consideração do meio ambiente – principalmente sob o aspecto da possibilidade de esgotamento dos recursos naturais, embora não exclusivamente sob este prisma – como inserto na concepção dos direitos humanos e como fundamento para a superação da divisão em gerações de direitos, tão ao gosto da doutrina mais impregnada dos dogmas do século XIX. Com efeito, as decorrências daí são mais que evidentes: o êxodo em massa, a formação de um exército de excluídos em razão do aumento da procura por empregos muito maior do que a oferta.

A discussão da composição do Comitê de Segurança Marítima e da Organização Marítima Consultiva Intergovernamental, aparentemente, nada teria que ver com o Direito Econômico. Entretanto, se considerarmos que, no plano das relações internacionais, o que existe é uma desigualdade material entre os países, apesar da igualdade formal, teremos várias situações em que medidas aparentemente voltadas à preservação ambiental traduziriam, em realidade, obstáculos ao desenvolvimento da economia de países interessados ou em que a liberação para o exercício de determinadas atividades econômicas implicaria a privação de comunidades inteiras dos recursos potenciais do mar. Não podemos esquecer a advertência de WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA no exame desta problemática, ao ter como ponto de partida a necessidade da definição de uma nova ordem econômica internacional:

“A expressão ‘Nova Ordem Econômica Internacional’, que muitos autores inadvertidamente costumam tratar também por ‘Nova Ordem Internacional Econômica’ (confusão inadmissível, em face da diferença das posições dos Estados-Membros nas relações entre si, de natureza supranacional ou não), tem sua origem na Conferência de Bandoeng, de abril de 1955, ao que tudo faz crer.

Estaria ligada ao conceito de ‘países subdesenvolvidos’, visto que, a partir desse encontro, a Assembléia Geral das Nações Unidas

decidiu criar um órgão intermediário, a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (CNUCEDO), geralmente propagada como um fórum no qual se propagaram as idéias do Terceiro Mundo e que surgia como uma espécie de Anti-GATT, ou seja, em contraposição à política neoliberal estabelecida a partir de 1945.

Mais tarde, formou-se o 'Grupo dos 77', congregando igual número de países subdesenvolvidos. Posteriormente, ampliou-se, tendo produzido uma Carta de reivindicações, considerada pelos analistas do Primeiro Mundo como sendo mais propriamente um 'documento de lamentações'." (16:203).

As decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Européia ora trazidas ao exame demonstram que as quatro tão enaltecidas "liberdades" não são ali tomadas em caráter absoluto, com o que se faz mister repensar os próprios fundamentos do discurso neoliberal. As decisões do Tribunal do Acordo de Cartagena, situado em *Quito Moderno*, comportam um exame mais acurado como a grande contribuição na construção de um Direito da Integração Econômica sob um prisma próprio da América Latina, sem a crítica importação de modelos da metrópole. Devem ser meditadas estas palavras de ARTUR JOSÉ ALMEIDA DINIZ, para compreendermos os elementos da ideologia colonialista que ainda perpassa os nossos meios intelectuais, especialmente nos campos do Direito e da economia:

"Os escolásticos espanhóis repudiaram não apenas o direito crasso de submeter e espoliar, mas mesmo um protetorado enobrecido e envolto em altruístico desinteresse para com os 'selvagens'. Tal atitude foi encarada com justificada cautela, pois sabiam quão facilmente tal título poderia transformar-se em objeto de abuso, dentro do pretexto farisaico de encobrir a espoliação. Lançaram mão das normas do direito natural, sobretudo para repelir ataques injustificáveis à liberdade e independência dos aborígenes.

*As guerras do povo hebreu constituíam o exemplo seguido pelos cristãos em seu combate contra a heresia. E este exemplo leva-nos a um caveat lançado por Paulo Suess: 'historicamente, não é correto imputar a violência da conquista ao caráter nacional de espanhóis ou portugueses. Na avaliação da conquista espiritual das Américas não está em jogo a crueldade de uma ou outra nação européia mas, sobretudo, a ambivalência do próprio cristianismo. A integridade do Evangelho não garante a integridade da ação histórica dos evangelizadores. Em nome do Evangelho, cristãos destruíram sinagogas de judeus, santuários de mouros e templos de pagãos, queimaram 'bruxas' e hereges...O sistema colonial considerava a alteridade dos povos conquistados **inferioridade** e a reciprocidade de sua economia, que era a*

base de sua igualdade, improdutividade. Os Estados Nacionais modernos, prisioneiros da mundialização do mercado com seu potencial colonizador, tornaram-se, todavia, novos colonizadores de outros (minorias ou não), muitas vezes incapazes de admitir alternativas frente ao macrossistema cultural e econômico. Vícios herdados se juntaram a novos vícios estruturais, dos quais os Estados modernos são herdeiros, prisioneiros e defensores’.

(...)

Quando lemos Frei Bartolomeu de Las Casas (1474-1566), a analogia das crueldades dos conquistadores com as atrocidades nazistas é irresistível. Brota do próprio texto.” (2:83-85).

Em todos estes casos, como se pode verificar, estiveram em questão os balizamentos jurídicos de autênticas medidas de política econômica, pois a solução dos conflitos se deu tendo em vista a necessidade de se considerarem as repercussões das decisões do agente econômico no plano das relações jurídicas, inclusive chegando ao ponto de afetar a direitos consagrados em Tratados concernentes a direitos humanos, como foi o caso dos cidadãos da Libéria e da Etiópia pelo regime do *apartheid*. Ao contrário do que defende certa tendência muito em voga nos tempos correntes, que pretende o predomínio do tecnocrata sobre o jurista, condicionando a interpretação das normas jurídicas ao atingimento de metas compatíveis com tais ou quais doutrinas econômicas, “o que importa, na realidade, é o condicionamento do ‘desenvolvimento’, como de toda a política econômica, aos princípios do Estado de Direito, e defendê-los contra as formas autocráticas e autoritárias de governo” (16:163). Tais os temas que entregamos ao debate dos doutos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. CAMPOS, João Mota de. **Direito comunitário**. Lisboa: Gulbenkian, 1989. v. I.
2. DINIZ, Artur José Almeida. *A economia desigual: algumas causas históricas*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 47, n. 91/92, p. 67, jan./jun. 1994.
3. DINIZ, Artur José Almeida. *Três enfoques para o Direito Internacional Público*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 42/43, n. 72/74, p. 105, jan. 1990/jul. 1991.
4. DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
5. FARIA, Werter R. *Métodos de harmonização aplicáveis no MERCOSUL e incorporação das normas correspondentes nas ordens jurídicas internas*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 48, n. 98/100, p. 118, jul./dez. 1995.
6. FERNANDES, Raul. *A responsabilidade dos Estados em Direito Internacional*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 48, n. 95/97, p. 10, jan./jun. 1995.
7. LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
8. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Endividamento externo e imunidade do Estado brasileiro à jurisdição estrangeira*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 42/43, n. 72/74, p. 77-78, jan. 1990/jun. 1991.
9. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v. I.
10. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v. II.
11. MELLO, Celso Duvivier Albuquerque. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
12. PASTOR RIDUREJO, José Antonio. *La Corte Internacional de Justicia en el cincuentenario de las Naciones Unidas*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 48, n. 98/100, p. 36, jul./dez. 1995.
13. PICO MONTILLA, Galo. **Derecho andino**. Quito: Tribunal de Justicia de Cartagena, 1991.
14. ROSENNE, Shabtai. **El Tribunal Internacional de Justicia**. Madrid: Institutos de Estudios Políticos, 1967.

15. SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Simpósio de Foz do Iguaçu sobre a Bacia do Prata*. **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. Brasília, DF, v. 47, n. 91/92, p. 188, jan./jun. 1994.
16. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
17. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Considerações acerca do relacionamento entre o direito internacional e o direito econômico**. Belo Horizonte: Fundação Brasileira de Direito Econômico, 1972.
18. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direitos humanos e meio ambiente**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
19. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Evolução e fortalecimento da proteção internacional da pessoa humana em sua dimensão*. In: ___[Org.]. **A proteção aos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José de Costa Rica-Brasília, DF: IIDH/Friedrich Naumann Stiftung, 1992.
20. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os métodos de solução pacífica de controvérsias internacionais: tendências recentes*. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, DF, v. 21, n. 82, p. 17, abr./jun. 1984.
21. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Princípios de direito internacional contemporâneo**. Brasília, DF: UnB, 1981.
22. URIBE RESTREPO, Fernando. **La interpretación prejudicial en el derecho andino**. Quito: Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1993.





PARECERES





PARECER Nº 12.606

LICENÇA-PRÊMIO. LIMITAÇÕES INTRODUZIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.98.

Vem a esta Equipe de Consultoria solicitação do Senhor Diretor do Departamento de Administração da Procuradoria-Geral do Estado para que haja análise e manifestação acerca de pedido formulado, em 5 de maio do corrente ano, pela servidora SOLANGE CUNHA DORNELES no sentido de ter convertidos, em tempo de serviço contado em dobro, dois meses de licença-prêmio, referentes ao quinquênio 28.01.86 a 27.01.91.

O pedido mereceu consideração da Senhora Dirigente da Equipe de Pessoal e Pagamento, com a observação de que a Emenda Constitucional nº 20 dispôs que “a lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício” (CF, art. 40, § 10). Como, todavia, a mesma Emenda fixou, em seu art. 4º, que “o tempo de serviço considerado pela legislação vigente, para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”, entendeu necessários esclarecimentos a respeito.

É o relatório.

2. A questão posta refere-se à compatibilidade da previsão do artigo 151, inciso II, da Lei Complementar nº 10.098/94, qual seja, a conversão da licença-prêmio por assiduidade em tempo de serviço, com as alterações introduzidas no regramento constitucional da Administração Pública, muito especialmente na parte concernente aos servidores públicos, pela Emenda Constitucional nº 20.

3. De acordo com o Estatuto dos Servidores Públicos do Estado, a licença-prêmio por assiduidade, consistente na concessão de três meses de licença com todas as vantagens do cargo, como se em exercício estivesse o servidor, pode ser (art. 151):

“I - gozada, no todo ou em parcelas não inferiores a 1 (um) mês, com a aprovação da chefia, considerada a necessidade de serviço;

II - contada em dobro, como tempo de serviço para os efeitos de aposentadoria, avanços e adicionais, vedada a desconversão”.

Como acima referido, a Emenda Constitucional nº 20 contém disposições que, se por um lado vedam a possibilidade de estabelecer-se contagem fictícia de contribuição, por outro garantem que o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria deve ser contado como tempo de contribuição.

É preciso observar, contudo, que a norma do artigo 4º da Emenda ora tratada, ao possibilitar a valoração do tempo de serviço como de contribuição, fixou de imediato duas limitações: 1) mandou observar o disposto no art. 40, § 10, e 2) condicionou tal valoração até que lei discipline a matéria.

Este o seu inteiro teor, *verbis*:

“Art. 4º - Observado o disposto no art. 40, § 10, da Constituição Federal, o tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria, cumprido até que a lei discipline a matéria, será contado como tempo de contribuição”.

A última limitação suscita dúvidas acerca da natureza da lei prevista, questão que merece reflexão e esquadramento alhures mas que não é, seguramente, impeditiva ao equacionamento da presente consulta.

4. A determinação para que, no cômputo do tempo de serviço como tempo de contribuição, se observe o disposto no art. 40, § 10, sem dúvida introduz uma restrição à hipótese geral. Com efeito, o termo observado francamente assume a função de ressalvar ou excetuar, pois que a remissão ao parágrafo 10 do artigo 40 em verdade restringe a norma. Interpretação diversa levaria à inutilidade a “observação” da proibição de contagem de tempo de contribuição fictício, desconsiderando, sobretudo em uma norma de hierarquia constitucional, o brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda* (não se presumem, na lei, palavras inúteis).

Assim, não podendo o intérprete deixar de distinguir, tem-se que o tempo de serviço deve ser contado como tempo de contribuição, até que advenha a prevista lei disciplinadora e excluído o tempo fictício.

5. Importa, então, que se compatibilize o conceito de tempo fictício - a ser especificado pela lei - com a determinação constitucional, isto é, com a manutenção, ainda que provisória, do tempo de serviço para aposentadoria.

A primeira avaliação que se impõe é que o tempo fictício a que se refere a Constituição não é, simplesmente, aquele em que não houve, por parte do servidor, a correspondente contribuição social ou previdenciária, pois a ausência de contribuição é compatível com o conceito de tempo de serviço para aposentadoria e vantagens.

Isto levado em conta, parte-se da interessante definição fornecida pela Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio do Ministério do Orçamento e Gestão através da Instrução Normativa nº 5, de 23.4.99, nestes termos:

“Art. 2º - O tempo de serviço considerado pela legislação vigente para efeito de aposentadoria será contado como tempo de contribuição, excluído o fictício.

“Parágrafo único. Considera-se tempo de contribuição fictício, para os efeitos desta Instrução Normativa, todo aquele considerado em lei como tempo de serviço público para fins de concessão de aposentadoria sem que haja, por parte do servidor, a prestação de serviço e a correspondente contribuição social, cumulativamente, dentre outros os seguintes casos:”.

(destacamos)

Tem-se como fictício, assim, para fins de aplicação da norma constitucional, o período de tempo, considerado pela legislação como tempo de serviço público, no qual não haja prestação de serviço e contribuição pelo servidor.

A referida Instrução Normativa elenca, ao que *in casu* é relevante tratar, o tempo contado em dobro da licença-prêmio por assiduidade não gozada como tempo fictício que não mais pode ser considerado para fins de aposentadoria. O mesmo deve ser aplicado à legislação estadual, não sendo possível, diante do novo ordenamento constitucional, a contagem em dobro do período de licença-prêmio não gozada, devendo-se concluir pela revogação do inciso II do art. 151 do Estatuto dos Servidores Públicos.

6. Cumpre observar que a impossibilidade da contagem em dobro do tempo de licença não gozada incide não apenas ao efeito de aposentadoria, mas também ao efeito de tempo apto para repercussão em avanços, adicionais e quaisquer gratificações temporais, este segundo efeito nítida e meramente acessório do primeiro (condição que, por si só, já o obstaculiza).

E tal consideração se impõe na medida em que, além da norma do art. 40, § 10, não ter limitado a vedação da contagem de tempo de contribuição fictício ao tempo para aposentadoria, o novo regramento erigiu como pressuposto básico do regime previdenciário dos servidores públicos a contribuição, com a preservação do equilíbrio financeiro e atuarial.

Neste contexto, e considerando ainda que ficou preservada a correspondência entre a remuneração do servidor e os seus proventos de aposentadoria (art. 40, §§ 3º e 8º), deve-se deixar patente que os benefícios e vantagens somente poderão ser auferidos pelos servidores quando houver a necessária contribuição, sem o que inexistirá, fatalmente, o almejado equilíbrio. De fato, despidiendos seriam - mas, segundo a norma constitucional, não podem ser - os cálculos financeiros e atuariais se vantagens pudessem ser concedidas sem que se avaliasse sua repercussão e, não menos importante, as fontes de custeio, dentre as quais a indispensável contribuição.

Pertinente a lição de WLADIMIR NOVAES MARTINEZ, de acordo com a qual “Preservar o equilíbrio financeiro significa muito. Dá azo a plano de custeio real e de benefícios realista. Comporta regime financeiro de capitalização, para benefícios programados, e de repartição simples, para as prestações de risco. Acolhe as premissas atuariais e, com isso, obriga o controle por parte do matemático, impondo revisões periódicas. Tudo nos limites e em consonância com os dispositivos seguintes” (comentário ao *caput* do art. 40, *Reforma da previdência social*, 1. ed. São Paulo: LTr, 1999).

7. Necessário igualmente analisar o momento a partir do qual não mais se tornou possível a conversão, haja vista tratar-se de vantagem para cuja concretização afigurava-se indispensável a manifestação do servidor, devendo-se atentar para a natureza jurídica do direito tratado.

A possibilidade de conversão da licença-prêmio em tempo dobrado de serviço - e demais efeitos - enquadrava-se como direito subjetivo do servidor e, mais especificamente, direito formativo, denominado por Chiovenda direito potestativo (em distinção aos direitos subjetivos em sentido estrito) e definido por Emil Seckel como o direito subjetivo “cujo conteúdo é o poder de formar relações jurídicas con-

cretas, através de negócio jurídico unilateral” (conforme o culto artigo do Procurador do Estado ALMIRO DO COUTO E SILVA, “Atos Jurídicos de Direito Administrativo praticados por particulares e Direitos Formativos”, *RJTJRS*, v. 9, p. 19-37).

Como direito formativo modificativo, estabelecia ao Estado uma sujeição - e não um dever de prestação - à manifestação do servidor, pois tais direitos conferem “o poder de criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica ou direito mediante a declaração de vontade ou um ato do titular do poder, independentemente da vontade de qualquer obrigado, que não existe”, de acordo com LUÍS LORETO (“A Sentença Constitutiva”, *Revista Forense*, 98, 8).

Peculiar característica dos direitos formativos é serem eles desprovidos de pretensão, pois “se as pessoas, contra as quais se dirigem os direitos formativos, não têm deveres jurídicos, não têm, por igual, obrigação.” (Almiro do Couto e Silva, *op. cit.*). E, da inexistência de pretensão, “decorre importante consequência de que os direitos formativos não podem ser atingidos pela prescrição”.

Infensos a prazo prescricional, seriam os direitos formativos, então, exercitáveis a qualquer tempo, talvez perpétuos? Certamente que não, pois “não seria admissível que criassem uma sujeição por tempo indefinido para a pessoa contra a qual se dirigissem” (*op. cit.*). É “compreensível que o transcurso do tempo”, diz ainda o ilustre Procurador, “associado à inação do titular do direito formativo, possa atingir a esse mesmo direito, extinguindo-o, já pela preclusão, já porque seus fins foram alcançados por outros meios, já ainda porque esses fins se tornaram impossíveis”.

Relativamente à última hipótese, conhecida na doutrina alemã como “impossibilidade de ulterior formação” (*nachträgliche Unmöglichkeit der Gestaltung*) “sinalou Seckel que, como as obrigações, se destinam sempre os direitos formativos a um fim: são direitos finalísticos (*Zweckrechte*). Uma vez que os fins a que se destinam se tornem impossíveis de ser alcançados “antes de exercido o direito formativo, importará na extinção do direito” (*op. cit.*).

A referência ao exercício do direito é sobremodo significativa, pois o direito que está a se formar - o direito de converter o tempo da licença-prêmio em tempo dobrado de serviço - não prescinde do exercício por parte de seu titular, o servidor, através do competente requerimento, para formar-se. Uma vez exercido, e sujeitando-se o Estado a concedê-lo, haverá então o direito formado.

Esta “cooperação” do servidor, através da manifestação de vontade, salienta ainda o Professor do Couto e Silva, “é indispensável à atribuição de eficácia ao ato administrativo” (*op. cit.*). Observe-se que a norma do art. 151, não por acaso, admitia que a licença-prêmio pudesse ser gozada ou contada em dobro “A pedido do servidor”.

Assim posto, resta concluir que a conversão de licença-prêmio estava viabilizada até a data em que a finalidade do direito tornou-se impossível, pela revogação da norma, qual seja, a data da publicação da Emenda Constitucional nº 20, em 16.12.98, contanto que regularmente apresentado requerimento, até a mesma data, pelo servidor que já implementara os requisitos exigidos à concessão da licença.

8. Finalmente, impende enfrentar a restrição estabelecida no artigo 4º da suso-referida Instrução Normativa SEAP-MOG nº 5 e a aplicabilidade da orientação nela contida aos servidores públicos estaduais. Dispõe o artigo 4º, *verbis*:

“É vedado, a partir de 17 de dezembro de 1998, o cômputo de qualquer tempo de contribuição fictício, para efeito de concessão de aposentadoria, exceto para o servidor que reuniu, até 16 de dezembro de 1998, os requisitos para aposentadoria integral ou proporcional, desde que se aposente pelas regras então vigentes”.

A primeira parte reflete a norma do § 10 do art. 40, já transcrita, que veda seja estabelecida contagem de tempo de contribuição fictício, sob qualquer forma. Já na segunda parte do enunciado, muito especialmente *in fine*, depara-se com significativa limitação à utilização, para fins de aposentadoria, de tempo fictício anterior a 16.12.98: seria possível tão-somente por aqueles servidores que já tenham cumprido os requisitos para a obtenção da aposentadoria e, acresce-se, contanto requeiram o benefício com base nos critérios da legislação então vigente (afastadas, desta forma, as regras de transição e as novas regras permanentes).

De acordo com tal orientação, portanto, o período de licença-prêmio convertido em tempo dobrado de serviço, ou cuja conversão tenha sido tempestivamente requerida, como tempo fictício que é, somente seria aproveitável aos servidores destinatários do artigo 3º da EC nº 20; aos demais, que tenham de cumprir as regras de transição ou gerais para aposentadoria, não seria aproveitável.

Wladimir Novaes Martinez, ao comentar a impossibilidade do cômputo de tempo fictício, conjugando a norma do § 10 do art. 40 da Constituição Federal com o *caput* do art. 3º da Emenda, em cuja transcrição grifou a expressão “com base nos critérios da legislação vigente”, parece acordar com a limitação explicitada pela regra em comentário: “Nessas condições, o tempo fictício posteriormente à Emenda deverá ser rejeitado; o anterior tem de ser considerado para quem completou os requisitos até a véspera da mudança. Se isso não aconteceu, períodos anteriores a 17.12.98 não serão aproveitados. Isso vale especialmente para o cômputo em dobro das licenças-prêmio”. Adverte em seguida, porém, que “a Carta Maior ignorou o ato jurídico perfeito, podendo produzir celeumas” (*op. cit.*, p. 62).

A restrição do artigo 4º talvez apresente compatibilidade com a legislação regente do regime jurídico do servidor público federal, não havendo que se falar, porém, de sua aplicabilidade ao servidor público estadual.

Com efeito, havendo possibilidade, até a publicação da Emenda nº 20, pela norma já comentada (Lei Complementar nº 10.098/94, art. 151, II), de o servidor estadual requerer a conversão da licença-prêmio por assiduidade em tempo dobrado de serviço, uma vez exercitado o direito subjetivo há que se reconhecer tal período como fato jurídico inteiramente realizado, juridicamente qualificado, em conformidade com a legislação vigente à época, para os efeitos nela previstos, como tempo de serviço público. Embora a abordagem dos institutos do ato jurídico perfeito e do

direito adquirido em relação ao regime jurídico estatutário deva-se pautar pela cautela e significativas limitações que o trato com as peculiaridades de tal regime o exigem, adequadas se mostram as ponderações do Min. Eloy da Rocha à questão ora debatida: “O fato criou, na forma da lei, um bem jurídico, que se incorporou, imediatamente, no patrimônio do servidor, consubstanciando direito adquirido. Lei posterior não poderá dar como inexistente o fato criado, ou tirar-lhe a qualificação de serviço público” (Recurso Extraordinário nº 81.234-SP, *RTJ.*, 81, 482).

A qualificação jurídica do tempo de serviço, data vênua - ao contrário, e. g., de parcelas de vencimentos -, não pode ser descurada, e não se vislumbra no texto da Emenda qualquer disposição que, neste aspecto, tenha ignorado o ato jurídico perfeito. A fixação da impossibilidade de contagem de tempo de contribuição fictício jamais quis atingir, seja pela remissão feita pelo art. 4º da EC nº 20 ao disposto no art. 40, § 10, seja pela redação do *caput* dos artigos 3º e 8º da mesma Emenda, as situações já consolidadas, conferindo eficácia retrooperante às regras transitórias e gerais permanentes de aposentadoria. Altere-se, como se fez, o direito à aposentadoria, através da modificação dos requisitos à sua obtenção; preserve-se, inclusive por emenda à Constituição, a qualificação anterior do tempo.

Com isto não se quer, frise-se, proclamar o acerto da anterior previsão de conversão. Como destacado por IVAN BARBOSA RIGOLIN (*Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. 2. ed. Saraiva, 1993. p. 169), “A contagem em dobro constitui uma prodigalidade com o dinheiro público, extraído do bolso do contribuinte, que afronta a exigência constitucional de que o servidor, para aposentar-se, conte determinado lapso de serviço, o qual evidentemente não lhe pode ser dado de presente, sem que haja trabalhado o período equivalente”. Mas ao intérprete não é dado menoscar princípios do Direito Administrativo (e. g., STF, *REExt.* nº 82881, *RDA.*, 130, 143).

Merece transcrição o sempre atual ensinamento do Professor OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (*Princípios gerais de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, v. I, p. 296):

“Certo, os direitos, nas relações administrativas, defluem da vontade unilateral e autoritária da Administração Pública. Porém, tal circunstância não torna retroativas as leis novas com pertinência a relações anteriormente formadas na vigência da lei antiga de modo unilateral e autoritário. Assim, lei conferindo a favor de certo funcionário a contagem de tempo de serviço para determinado efeito, despachado a seu favor, unilateralmente pela Administração Pública, a seu requerimento, nos termos da lei em vigor, não pode ser retirado por outra, uma vez já se tornou eficaz e pode produzir os seus efeitos”.

Diante do exposto, constatando-se, pela revogação do inciso II do artigo 151 da Lei Complementar nº 10.098/94, a “impossibilidade de formação” do direito à conversão em tempo de serviço do período de licença-prêmio, salvo se apresentado

requerimento em tal sentido até 16 de dezembro de 1998, o que no caso concreto não ocorreu, o parecer é pelo indeferimento do pedido.

Porto Alegre, 28 de julho de 1999.

José Guilherme Kliemann,
Procurador do Estado

Processo nº 009367-10.00/99-3 - PGE

Processo nº 009367-10.00/99.3

Acolho as conclusões do PARECER nº 12.606, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSÉ GUILHERME KLIEMANN, aprovado pelo Conselho Superior na Sessão realizada no dia 15 de setembro de 1999.

Encaminhe-se o expediente ao Departamento de Administração.

Em 22 de setembro de 1999.

Paulo Peretti Torelly,
Procurador-Geral do Estado



PARECER Nº 12.620

APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO FICTO. LEI ESTADUAL Nº 2.455, DE 6.11.54. REVOGAÇÃO. REVISÃO DA ORIENTAÇÃO TRAÇADA NOS PARECERES 10.290/94-PGE, 12.209/98-PGE E 12.221/98-PGE.

O Procurador do Estado, Dr. Ricardo Antônio Lucas Camargo, encaminha ao Sr. Dirigente da Equipe Estatutária da Procuradoria de Pessoal desta Procuradoria-Geral do Estado consulta acerca da possibilidade e conveniência da revisão da orientação adotada em torno do tempo ficto para efeitos de aposentadoria (Parecer nº 10.290), previsto nas Leis nº 2.455/54 e 7.366/80, tendo em vista o entendimento firmado pelo Excelso Pretório e pelo Tribunal de Justiça do Estado.

O expediente encontra-se instruído com cópias de peças de processo judicial no qual diversos oficiais de justiça postularam a declaração de que exerciam as funções inerentes ao cargo sob a incidência da Lei nº 2.455/54 e que, portanto, deveriam ter averbado 1/6 (um sexto) a título de tempo ficto ao seu tempo de serviço. A sentença de primeira instância, da lavra do Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Capital, julgou improcedente o pedido, sob a fundamentação de que a citada Lei não mais vigora, haja vista o disposto no artigo 103 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

O Sr. Coordenador da Procuradoria de Pessoal, no despacho de distribuição do expediente, faz constar serem inúmeras as manifestações jurisprudenciais no mesmo sentido da acima noticiada.

É o relatório.

2. O debate acerca da possibilidade da contagem de tempo ficto para fins de aposentadoria não é novo; ao contrário, vem sendo objeto de questionamentos e consultas desde o advento da Carta Federal de 1967. Perante os tribunais de todo o País, igualmente, demandas relativas ao *thema* foram ajuizadas em número significativo, tendo havido, durante mais de três décadas, decisões as mais diversas.

Por isso, para a perfeita compreensão e correta apreciação da controvérsia jurídica deduzida na consulta, especialmente à luz do disposto na Lei Estadual nº 2.455/54 e das alterações da disciplina constitucional havidas, faz-se mister que primeiramente seja exposta a evolução no tratamento conferido à questão, para, então, apontar-se a orientação que vigora e as conseqüências dela decorrentes.

3. A Lei Estadual nº 2.455, de 6 de novembro de 1954, regulando a aplicação do artigo 179 da Lei nº 1.751/52, o antigo Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado, dispôs sobre a contagem do tempo de serviço, para efei-

tos de aposentadoria, do funcionário que desempenhasse suas atividades em condições especiais, assim consideradas as de maior desgaste físico ou com possibilidade de dano à saúde. Destarte, em determinados casos na Lei elencados, o funcionário teria acrescido ao tempo de serviço efetivamente prestado a fração de 2/5 (dois quintos) ou 1/6 (um sexto) a título de tempo “ficto”.

4. A então Consultoria-Geral do Estado pronunciou-se, especificamente sobre a vigência da referida norma - editada sob a Constituição Federal de 1946 - tendo em vista a nova ordem constitucional surgida em 1967, através do Parecer nº 2292, de dezembro de 1972, de autoria do eminente Procurador do Estado CAIO MARTINS LEAL. Examinando pretensão de funcionário que sustentava, com base na Lei nº 2.455/54, ter direito ao acréscimo de tempo ficto de 2/5 sobre o período em que exercera suas atividades em contato com drogas prejudiciais à saúde, assim fixou o Parecer:

“A pretensão do requerente, no entanto, tirante qualquer outra discussão a respeito, esbarra aqui numa preliminar intransponível, qual seja a da pura e simples inexistência já da Lei nº 2.455 de 6.11.1954, que foi revogada pela Constituição de 1967.

Com efeito, assim se dispôs na Carta Política de 1967, art. 100, III, e § 2º:

‘Art. 100. O funcionário será aposentado:

(...) III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço. (...) § 2º - Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101’.

Ora, se assim é, é evidente que, estabelecendo em trinta e cinco anos de serviço o tempo para a aposentadoria, no que, aliás, manteve a orientação anterior (cf. Constituição de 1946, art. 191, § 1º), e determinando que somente lei federal (*verbis*: ‘a lei federal’), atendendo a natureza especial do serviço, poderia reduzir o tempo para a aposentação, a Constituição de 1967 revogou todas aquelas normas que, através da atribuição de tempo fictício, reduziam o tempo real de serviço necessário à aposentadoria, daí decorrendo que, atribuindo tempo ficto e, pois, reduzindo, por esta forma, o tempo de serviço para aposentadoria, a Lei nº 2.455, de 6.11.54, só pode ser tida como revogada pelo Texto Constitucional de 1967. E, revogada, em outras palavras, inexistente já no ordenamento jurídico, não há como se possa, com fundamento nela, acrescer de tempo ficto, para efeito de aposentadoria, o tempo real de serviço do requerente”.

No mesmo sentido, o Parecer nº 1109-UAJ, da Consultora Jurídica CYL PARANHOS DE LIMA, de setembro de 1970, e, versando sobre a aposentadoria no magistério, pelo menos dois precedentes: o Parecer nº 995/DAJ, de fevereiro

de 1970, de autoria da Procuradora do Estado CLARITA GALBINSKI, e o Parecer nº 1163/UAJ, de janeiro de 1971, da lavra do Procurador do Estado JOSÉ HUGO V. CASTRO RAMOS.

Consignou o último Parecer que as normas que excepcionavam as regras gerais de aposentadoria deveriam conformar-se não exatamente à previsão do art. 100, § 2º, da Carta Federal de 1967, mas sim ao disposto no artigo 103, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969. Este o excerto relevante, *verbis*:

“ ...

Sendo gerais e universais as normas atinentes à aposentadoria dos funcionários públicos, cabe ver se há algum princípio ou determinação que as excepcione.

Neste sentido, vamos encontrar o mandamento do art. 103 da Constituição Federal vigente, que estatui o seguinte:

‘Art. 103 - Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade’.

Previu, neste ponto, a Constituição, que uma lei complementar estabeleça as alterações e exceções à regra geral levantada sobre o tempo de serviço para aposentadoria. Restringe, porém, o poder de iniciativa dessa legislação complementar, entregando-o, única e exclusivamente, ao Presidente da República.

A determinação sobre competência para iniciativa é clara, taxativa. Não admite alternativas nem simetrias no plano estadual ou municipal. Começa e se esgota na figura do primeiro mandatário da nação.

Não existe, assim, possibilidade de modificação do *quantum* do tempo de serviço para aposentadoria com proventos integrais, a não ser dentro da hipótese prevista pelo art. 103, já citado”.

Em seguida, em dezembro de 1972 e janeiro de 1973, os Pareceres nº 2294 e nº 2307, de autoria dos então Consultores Jurídicos EMÍLIO RODRIGUES e JOSÉ ZACHIA, respectivamente, reafirmaram a orientação estabelecida pelo Parecer nº 2292, no sentido de estar revogada a legislação anterior ao advento da Constituição Federal de 1967 que permitia a contagem de tempo de serviço ficto ou valorizado.

Não era outro, aliás, o posicionamento pretoriano, inclusive do Colendo Supremo Tribunal Federal, como fez constar o Sr. Consultor-Geral do Estado, ORLANDO GIRALDI VANIN, no despacho de encaminhamento do já referido Parecer nº 2294. Ali, foi trazida à colação passagem do acórdão proferido por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 72.665, relator o Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, nestes exatos termos:

“Antes da Constituição de 1967, os Estados tinham o poder de legislar, com amplitude, no concernente ao regime de seu serviço público. Sabemos que essa prerrogativa incorreu em excessos de vária sorte, como, por exemplo, o da soma de tempos simultâneos, o da contagem em dobro ou com acréscimos proporcionais, o da redução, para até quinze anos, do mínimo exigido para a aposentadoria.

Mas o regime constitucional vigente inovou, nesse particular e, praticamente, extinguiu a liberdade de ação de que os Estados gozavam.

O regime do serviço público tem suas normas básicas fixadas nos artigos 97 a 111 da vigente Constituição. Estatui expressamente o art. 108 que o disposto em toda a seção referente ao funcionalismo se aplica aos funcionários dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

O art. 112, § 3º, prescreve que o tempo de serviço público - federal, estadual ou municipal - será computado integralmente para efeitos de aposentadoria e disponibilidade, na forma da lei. E o art. 103 declara: ‘lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza de serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade.

Vê-se, assim, que, sob a atual Constituição, o regime jurídico de todo o funcionalismo está balizado pelo direito federal, e que somente este pode dispor sobre tempo de serviço.

.....
Por outro lado, contrariou o art. 103 da Lei Maior, segundo o qual somente o Congresso Nacional, por via de lei complementar, pode estabelecer exceções às regras gerais concernentes a tempo de serviço, para aposentadoria ou disponibilidade”.

Em nosso Tribunal de Justiça, a Egrégia 4ª Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível nº 17.393, em outubro de 1974, firmou posicionamento através de acórdão relatado pelo Dr. ATHOS GUSMÃO CARNEIRO, que restou assim ementado:

“Recurso de ofício. Autarquia. Funcionário público autárquico. Contagem de tempo de serviço acrescido, por trabalho em local insalubre.

1 - A lei estadual 2.455/54, concessiva de tempo de serviço ficto, não foi revogada pela lei estadual 4.937/65, mas sim pela Constituição Federal de 1.967, art. 100, § 2º, em regra tornada ainda mais incisiva pela Emenda nº 1, art. 103.

...”

5. Todavia, não obstante pudesse ser tida como consolidada a orientação jurídico-administrativa, bem assim a jurisprudência, proclamando revogadas a Lei nº 2.455/54 e demais normas permissivas da contagem de tempo de serviço ficto, o Supremo Tribunal Federal, em outubro de 1974, por seu plenário, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 78.984-RJ (RTJ., 71, 289), promoveu significativa e surpreendente guinada em sentido diverso.

Com efeito, a partir do julgamento do identificado Recurso Extraordinário, passou a entender o Excelso Pretório, vencidos os Ministros Thompson Flores, Antônio Neder e Eloy da Rocha, que as normas redutoras do tempo de serviço não estavam revogadas, pois seria o “caso de aplicação do princípio da continuidade do direito”. Assim, do voto do Ministro CORDEIRO GUERRA, relator para o acórdão, extrai-se:

“ ...

De modo que, se a própria Constituição, no art. 103, admite exceções, condicionando-as somente à natureza complementar da lei, por que exceções anteriormente existentes não seriam admissíveis? Não vejo nenhuma incompatibilidade em se aplicar aquela lei que não foi revogada por uma lei complementar e que não viola o princípio das exceções à norma do art. 101, II, da Constituição Federal.

Parece-me que é o caso de aplicação do princípio da continuidade do direito.

...

De modo que não vejo, *data venia*, que esteja realmente revogado o art. 53 da L. 4.881-A, de 65, ou que seja, sequer, incompatível com a Constituição e até mesmo com seu espírito”.

Na mesma senda, o voto do Ministro RODRIGUES ALCKMIN:

“ ...

É certo que agora se fala na exigência de ‘lei complementar’, de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Mas a lei dispõe, normalmente, para o futuro. Vale dizer: já agora não basta uma simples lei federal para reduzir o limite. Mas a redução operada no regime constitucional anterior se ajusta perfeitamente ao novo regime constitucional.

...

Sim, porque o regime constitucional não é o da forma da lei. É a possibilidade de a lei reduzir aquele máximo. Já agora, é necessário a lei complementar. Mas isso é pormenor formal para que haja redução do tempo, na vigência da Emenda Constitucional de 1969. Porém, quanto ao sistema constitucional, o atual repete o anterior, possibilitando a redução da idade. Ora, se o sistema constitucional atual não se diferencia do anterior ao permitir essa redução, parece-me que permanece o ordenamento jurídico anterior, que não entesta com o sistema atualmente adotado. Será necessário lei complementar, já agora, para que, na vigên-

cia da Emenda Constitucional, se reduza o tempo para a aposentadoria. Mas, com isso, não se declara inconstitucional uma norma emitida de acordo com a Constituição que vigia anteriormente e que atende ao próprio sistema hoje vigente”.

O novel entendimento ecoou junto à então Consultoria-Geral do Estado, que, através do Parecer nº 2923, de março de 1975, também modificou sua orientação. O Consultor-Geral da época, o Procurador do Estado MÁRIO BERNARDO SESTA, fundamentou a alteração, ao tratar da valorização de tempo de magistério particular (Lei nº 4.473/63), nos seguintes termos:

“ ...

É princípio assente na doutrina o da continuidade da ordem jurídica, por força do qual a vigência de uma nova Constituição não derroga a legislação ordinária existente, excetuadas as disposições com ela conflitantes ou por ela revogadas expressamente.

...

No recente julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.984 (Acórdão de 9 de outubro de 1974), o Colendo Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, examinando matéria semelhante à do presente caso, decidiu que ‘a lei complementar, prevista no art. 103 da Constituição Federal, estabelecerá as exceções para o futuro, não prejudicando os direitos consagrados em leis anteriores não incompatíveis com o texto constitucional’.

...

Assim sendo, sou de parecer que, de ora em diante deverá ser seguida, sobre o assunto, nova orientação baseada no julgamento em referência proferido pelo Supremo Tribunal Federal, pois esse Órgão tem como função primordial assegurar a obediência à Constituição Federal, através da interpretação e aplicação exata de seus preceitos”.

O mesmo posicionamento foi reafirmado, em agosto de 1975, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 78.486 (RTJ., 76, 538), de acordo com o voto do relator, o Minº RODRIGUES ALCKMIN:

“Na verdade, é princípio interpretativo irrecusável que os dispositivos constitucionais passados e sua legislação complementar continuam em vigor sob novos diplomas, sempre que não contrariarem disposições expressas destes (cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 7ª ed., 1961). E tal é precisamente o que ocorre neste caso: a legislação excepcional vigente sob as Constituições de 1946 ou de 1967 em nada contradiz, no espírito ou na letra, a Emenda Constitucional 1.

...

Acrescento a esta fundamentação que aos precedentes invocados (MS 17.971, Rel. Ministro OSWALDO TRIGUEIRO, RE 67.827, Rel. Ministro ELOY DA ROCHA) se soma a decisão tomada em sessão plenária de 9-10-74, RE 78.984 do Rio de Janeiro, em que se assentou permanecer vigente norma legal anterior ao texto constitucional, relativa à redução do tempo para aposentadoria”.

A Procuradoria-Geral do Estado, através do Procurador JOSÉ JOAQUIM MONTEIRO, refletiu diretamente este posicionamento no Parecer nº 3118, de setembro de 1975, e, de forma indireta, nos Pareceres nº 3845 e nº 5086.

6. Mas, como anteriormente referido, o tema era deveras controvertido.

Em dezembro de 1981, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, ao decidir o Recurso Extraordinário nº 91.604 (RTJ., 112, 652), mudou novamente sua jurisprudência, retornando à primitiva interpretação para entender revogadas pelo art. 103 da Constituição Federal as normas que, à mingua da lei complementar ali prevista, reduziam os limites para a aposentadoria. No julgamento restaram vencidos os Ministros Rafael Mayer, Cordeiro Guerra e Xavier de Albuquerque.

O Parecer nº 6955, de novembro de 1986, do Procurador do Estado CAIO MARTINS LEAL, enfrentou a nova situação posta com precisão e cuidado. No Parecer foi lançado excerto do voto do Min. ALDIR PASSARINHO, proferido no julgamento do Recurso Extraordinário nº 100.959, o qual, confirmando o precedente suso citado, assentou:

“Na Constituição se nota a preocupação de serem fixados, inclusive para os Estados, determinados parâmetros a serem rigorosamente observados, em face dos excessos que continuamente se verificavam. Estabeleceu, no tocante à aposentadoria (art. 102), determinadas regras, possibilitando, apenas, pelo art. 103, que houvesse exceções, mediante lei complementar, de iniciativa da Presidência da República, quanto ao tempo e natureza do serviço. Assim, tendo-se que as normas ora examinadas divergem daquelas estabelecidas na própria Constituição, sendo com elas incompatíveis, não podem prevalecer. A norma do art. 103 é dirigida ao legislador, não podendo ser suprimida pelo Poder Judiciário. É de observar, outrossim, que as disposições da Constituição Federal ficam incorporadas, no que couber, ao direito constitucional legislado dos Estados, segundo o disposto no seu artigo 200”.

À luz de pronunciamentos semelhantes que se repetiam, concluiu o Parecer nº 6955:

“...

Portanto, diante da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e pelas mesmas razões que determinaram a modificação da orien-

tação inicial desta Procuradoria-Geral, cumpriria revisar a jurisprudência administrativa para adequá-la ao novo entendimento.

No entanto, em face das peculiaríssimas circunstâncias atuais, não nos parece deva ser revisada, por ora, a atual jurisprudência administrativa do Estado na matéria.

...

Certo, se, definido o quadro constitucional com a promulgação da nova Constituição, manter-se, em face dele, e com firmeza, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a orientação administrativa deve indiscutivelmente a ela adequar-se. Mas aí, então, porque, fundada numa ordem constitucional sem termo predeterminado de vigência, o que não ocorre com a atual (cujo termo é o da promulgação da nova Constituição), e, pois, com ela, aspirando a permanecer, essa jurisprudência não terá o cunho da transitoriedade e sua adoção, sem lesar a isonomia, atingirá todos, absolutamente todos, os que, na nova ordem, houverem de ter expedidos seus atos de aposentação”.

7. Promulgada a Constituição Federal, em outubro de 1988, foi questionada a Procuradoria-Geral do Estado acerca da compatibilidade da Lei nº 2.455/54 com a norma constitucional do art. 40, § 1º (“Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, *a e c*, no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas”), sendo a resposta fornecida pelo Parecer nº 7850, da lavra da Procuradora do Estado ROSA MARIA DE CAMPOS ARANOVICH, que sintetizou:

“Em relação à Lei nº 2.455/54, deve a Administração Pública continuar a aplicá-la apenas nas hipóteses das letras *a e c* do inciso III do artigo 40 da Constituição de 1988 até que a jurisprudência do País, principalmente através de seu órgão de cúpula, firmemente se posicione sobre a questão”.

Ademais, esclareceu o Parecer que as leis ordinárias que admitissem a redução do tempo de serviço para a aposentadoria voluntária em situações que não as de penosidade, insalubridade ou periculosidade mostravam-se incompatíveis com o texto constitucional, estando revogadas desde a promulgação da Carta.

É de se mencionar que, ainda sob a vigência da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, o Parecer nº 7152, dirigido ao Município de São Leopoldo, datado de junho de 1987 e de autoria da eminente Procuradora do Estado MARIA AMÁLIA DIAS DE MORAES, havia firmado ser “inarredável concluir que foram afastadas pela Carta de 67, com reforço da Emenda nº 1, de 1969, as leis federais, estaduais e municipais que de forma mediata ou imediata implicavam em redução do tempo ou do limite de idade para aposentadoria. (...) Assim, leis federais, estaduais e municipais que admitiam o acréscimo de fração de tempo, em razão de serviço prestado com risco de vida, ou em condições insalubres, ou pelo exercício

de tal ou qual chefia, subordinando-se, ainda, a outras condições como assiduidade, ausência de faltas ou limitadas essas a um número x, sem punição ou falta disciplinar, obviamente não são mais eficazes. Foram, no entanto, eficazes, ainda que diferido no futuro o efeito concreto da qualificação”.

8. O Parecer nº 10.290, da Procuradora do Estado ELAINE DE ALBUQUERQUE PETRY, datado de julho de 1994, contém a última manifestação sobre a matéria, encarada já sob as disposições da Constituição Estadual de 1989 - art. 38, § 1º - e do Estatuto do Servidor Público Civil do Estado - art. 107 e art. 158, § 3º.

O trecho a seguir transcrito expõe a orientação até o momento vigente:

“ ...

Creio que apenas uma lei que cumpra o procedimento legislativo da lei complementar federal, com aprovação da maioria absoluta dos congressistas (artigo 69 da Constituição Federal), tendo sido o respectivo anteprojeto de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, parágrafo 1º, item II, letra c, da Constituição Federal) dará a segurança necessária à efetiva consolidação das hipóteses a serem descritas como penosas, insalubres ou perigosas, para o efeito de redução do tempo de serviço para a aposentadoria voluntária do servidor público, sem se prender a vícios dos casuísmos e circunstanciais injunções corporativistas.

No âmbito estadual, como antes mencionado, o Estatuto do Servidor Público Civil observou o rito que lhe deu aquela qualidade, a de lei complementar estadual (artigo 59 da Constituição do Estado) e, no artigo 158, parágrafo 3º, ademais, repetindo a fórmula utilizada pelo Estatuto da União, exara que a valorização do tempo de serviço se dará ‘observando o disposto em lei específica’.

Há que se indagar, neste momento, a qual *lei específica* está se reportando o Estatuto Estadual e, além disso, se para a sua produção deve ser observada a formalidade legislativa da matriz de que deriva, ou seja, o *quorum* especial da lei complementar, ou se se tratará de lei ordinária.

...

Tenho a convicção, porém, que, pelo menos de momento, do preceito que manda obediência à lei específica nada deriva de diferente para o tratamento da matéria, o que, de resto, já ocorreu em relação à Lei (federal) nº 8.112.

Indagar-se-á nesse passo, como tais considerações se refletem na eficácia das Leis nºs 2.455 e 3872-A.

...

Vale para a presente situação a mesma ordem de considerações preponderantes para a admissão da vigência da Lei nº 2.455 então face ao artigo 103 da Constituição Federal de 1967, na versão da Emenda nº

1, de 1969: o princípio da continuidade do direito e a constitucionalidade material, notadamente.

Na vigência da Constituição Federal de 1988, como oportunamente registro, não foi editada lei complementar federal que regulamente o artigo 40, parágrafo 1º, daquele Diploma Maior, embora haja anteprojeto de lei (federal) em tramitação.

Sequer a Lei (federal) nº 8.112 chegou ao detalhamento, remetendo-o à 'lei específica', ainda sem elaboração.

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não registra ações diretas de inconstitucionalidade contra preceitos ou leis símiles à RS nº 2.455.

O conjunto desses aspectos trazidos à compulsão desde o início deste trabalho leva-me à conclusão da viabilidade constitucional da aplicação das Leis nºs 2.455 e 3872-A aos servidores públicos estaduais...”

A conclusão final apontou, desta feita, pela compatibilidade da Lei nº 2.455/54 com as Constituições Federal e Estadual, devendo continuar a incidir sobre a situação dos servidores que nela se enquadrassem, “pelo menos no momento”.

Da mesma forma respondeu, ao enfrentar indagação pertinente à situação funcional dos servidores “transpostos” do regime celetista para o regime estatutário, o Parecer nº 12.209, de autoria da mesma Procuradora, *verbis*:

“A Lei nº 2.455 é aplicável aos servidores abrangidos pela ADIn, vez que sujeitos à Lei Estatutária Geral (artigo 276, cabeçalho); ademais, é compatível - materialmente - com a Constituição Federal, segundo orientação desta Procuradoria-Geral do Estado; com a vigência da emenda constitucional que introduzirá a reforma administrativa poderá haver redefinição da abrangência material da Lei nº 2.455”.

Contudo, é possível extrair do Parecer nº 10.290 a mesma conclusão a que chegaram também os Pareceres nº 6.955 e nº 7.850: a Lei nº 2.455/54 teria aplicação verdadeiramente condicionada, até o momento em que o Supremo Tribunal Federal, com a segurança de intérprete final da Constituição, firmasse sua jurisprudência sobre a matéria, pois não seriam toleráveis decisões dispares para uns e outros servidores.

9. Então, estando sob condição a interpretação vigente, cumprindo examinar as decisões pretorianas, verifica-se que, em setembro de 1990, a Egrégia 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, ao julgar a Apelação Cível nº 590034062, acordou:

“TEMPO DE SERVIÇO. Não é inconstitucional a Lei 2.455/54, que prevê o acréscimo de dois quintos ao tempo de serviço de servidor que trabalhe em necrópsias e identificação de cadáveres. Inteligência do

art. 1º, inc. I, letra B, da citada lei. A constituição atual contempla a hipótese e não há incompatibilidade.

Não é de se declarar a inconstitucionalidade em face da Carta de 1969, porque o art. 103 admitia que o executivo estabelecesse exceções aos casos de aposentadoria por tempo de serviço. Não tendo o Estado promovido qualquer alteração em sua legislação entende-se que manteve as exceções anteriores. Além disso, mesmo existente inconstitucionalidade, não poderia atingir período anterior à vigência da Carta”.

Irresignado, desta decisão interpôs o Estado do Rio Grande do Sul o competente Recurso Extraordinário (RE nº 140230-0), julgado e provido pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal na sessão de 6 de fevereiro de 1996, restando assim ementado o aresto:

“Servidor Público. Aposentadoria. Acréscimo de dois quintos, para esse fim, ao tempo de serviço prestado em atividades de necropsia e identificação de cadáveres (art. 1º, I, b, da Lei nº 2.455-54 do Estado do Rio Grande do Sul).

Redução indireta de tempo de serviço adversa à prescrição constante do art. 103 da Constituição de 1967 (Emenda nº 1-69), que subordinava a tal exceção, à existência de lei complementar de iniciativa do Presidente da República”.

E, do voto do Ministro OCTÁVIO GALLOTTI, no qual foram mencionadas decisões anteriores que proclamaram a revogação de leis que dispunham sobre a contagem de tempo de serviço em conflito com o art. 103 da Carta Federal de 1967 (Emenda nº 1), transcreve-se:

“Se somente a lei complementar, de iniciativa do Presidente da República, passou a poder estabelecer exceções ao tempo de serviço mínimo para a aposentadoria voluntária, parece claro haverem cessado, após a vigência da norma constitucional restritiva, os efeitos da legislação que instituía acréscimos determinantes da redução, mesmo indireta, mas, de toda sorte, efetiva, do período necessário à inatividade remunerada”.

Em nosso Tribunal de Justiça, posteriormente, inúmeras decisões proclamaram e vem proclamando a incompatibilidade da Lei nº 2.455/54 com a Constituição de 1967, com a redação conferida ao art. 103 pela Emenda nº 1, de 1969. Assim, *e. g.*, o Mandado de Segurança nº 596185660 e as Apelações Cíveis nº 597164995 e nº 598101046.

Por isso, e tendo em consideração diversas decisões do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, referidas no Parecer nº 6.955 e no próprio Recurso Extraordinário nº 140230-0-RS, sendo pertinente citar ainda Representação nº 1.166 (RTJ 109/496), impende concluir, com segurança, pela revogação da Lei nº 2.455/54, pelo menos desde 30 de outubro de 1969.

10. Relativamente à Lei nº 7.366/80, o Estatuto dos Servidores da Polícia Civil, que em seu art. 36 prevê o acréscimo ao tempo de efetivo serviço policial, até 15 de janeiro de 1971, do tempo ficto previsto pela Lei nº 3.387/58 (2/5, ou seja, 40%), já houve, em duas oportunidades, manifestações do Supremo Tribunal Federal, tanto por seu Órgão Pleno quanto pela 1ª Turma. Nas decisões, embora com conteúdo não exatamente igual, o resultado não difere, como é possível constatar pelas ementas que se transcrevem:

RE nº 144817-2-RS, Tribunal Pleno, julgado em 22 de fevereiro de 1996, rel. Ministro MOREIRA ALVES:

“Recurso Extraordinário. Inconstitucionalidade do artigo 36 da Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul.

- Sob o império da Emenda Constitucional nº 1/69, para ser possível a contagem de tempo de serviço feito (*sic* - ficto) para efeito de aposentadoria, era mister que o permitisse Lei Complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República. Precedente do S.T.F.

Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 36 da Lei nº 7.366, de 29 de março de 1980, do Estado do Rio Grande do Sul”.

RE nº 163692-4-RS, 1ª Turma, julgado em 5 de maio de 1998, rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI:

“Policial civil. Aposentadoria. Acréscimo de tempo de serviço ficto.

Redução indireta de tempo de serviço adversa à prescrição constante do art. 103 da Constituição de 1967 (Emenda nº 1/69), que subordinava tal exceção à existência de lei complementar de iniciativa do Presidente da República.

Precedente do STF: RE 140.230 (*DJ.*, de 13.9.96)”.

Indubitável, portanto, a incompatibilidade da norma do artigo 36 do Estatuto da Polícia Civil com Carta Federal de 1967. Além disto, e na mesma senda da orientação fixada nos Pareceres nº 7.519 e nº 8.787, não caberia conferir a categorias profissionais já contempladas com aposentadoria especial com tempo de serviço reduzido, como a dos policiais aos trinta anos de serviço (Lei Complementar nº 51/85, art. 1º, I), o privilégio de outras formas excepcionais de redução, “pois que implicaria na criação de terceiro regime de inativação”.

Ainda que à *vol d’oiseaux*, merecendo exame mais aprofundado em local específico, gize-se que a própria previsão da Lei Complementar nº 51/85 - aposentadoria do funcionário policial aos 30 anos de serviço desde que conte com 20 de exercício em cargo de natureza estritamente policial - mostra-se, em princípio, inconciliável com a Constituição Federal, a partir 16 de dezembro de 1998, pois que esta substituiu o critério tempo de serviço por tempo de contribuição, reforçando o caráter contributivo e a necessidade de equilíbrio financeiro e atuarial.

11. De acordo com a ressalva feita ao final do mencionado Parecer nº 12.209, cumpre examinar o tratamento conferido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998 (DOU., 16.12.98), às aposentadorias especiais, no tocante à redução do tempo - repita-se: agora não mais tempo de serviço, mas de contribuição - necessário à aposentação:

“Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

...
§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.

...
§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”.

Observe-se ainda que o novo texto constitucional foi rigoroso na concessão de aposentadorias especiais aos servidores efetivos, exigindo exclusividade no exercício de determinadas atividades que acarretem prejuízo à saúde ou integridade física, a serem definidas em lei complementar, com quorum maior de aprovação. Outrossim, vedou qualquer possibilidade de contagem de tempo fictício de contribuição.

Por outro lado, a novel redação constitucional abandonou a referência a atividades penosas, insalubres ou perigosas pela menção, mais genérica, a condições especiais que acarretem prejuízo à saúde ou à integridade física.

O Ministério da Previdência e Assistência Social tem editado diversos atos, especialmente portarias - cuja adequação não comporta comentários neste momento, pois que examinadas em auxílio interpretativo -, visando a regulamentar a “Reforma da Previdência”. Pertinentes ao tema sob exame, e tratando dos regimes próprios de previdência dos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, transcrevem-se:

A Portaria nº 4.882, de 16.12.98:

“Art. 8º - É vedada, a partir de 16 de dezembro de 1998, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos servidores públicos abrangidos pelo regime de que trata o art. 40 da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente

sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, a serem definidos em lei complementar.

Parágrafo único. É indevida, desde 5 de outubro de 1988, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a concessão de aposentadorias especiais em desacordo com o art. 40 da Constituição Federal, por não ter sido editada lei complementar disciplinando a matéria”.

“Art. 9º - É vedada, a partir de 16 de dezembro de 1998:

...

III - a contagem de tempo de serviço ou de contribuição em dobro, ou qualquer outra forma de contagem de tempo fictício de serviço ou contribuição”.

A Portaria nº 4.992, de 5.2.99:

“Art. 16 - ...

...

§ 2º - Fica vedada a concessão de aposentadoria especial até que lei complementar federal disponha sobre o tema, com exceção da aposentadoria especial prevista na Lei Complementar nº 51, de 20 de dezembro de 1985, recepcionada pela Emenda Constitucional nº 20, de 16 de dezembro de 1998”.

Como acima referido, oportunamente merece exame a recepção ou não, pela Emenda nº 20, da norma do art. 1º, inc. I, da Lei Complementar nº 51/85.

Diante do exposto, concluo:

- a) Foi revogada a Lei Estadual nº 2.455, de 6 de novembro de 1954;
- b) O art. 36 da Lei nº 7.366/80 era incompatível com a Carta Federal de 1967, segundo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e com a Lei Federal nº 51/85, e, de qualquer forma, não teria sido recepcionado pela Constituição de 1988;
- c) Em face do princípio da estabilidade das relações jurídicas e atentando para a segurança que deve presidir a convivência entre a Administração e seus Administrados, entendendo recomendável preservar, para fins de aposentadoria, os acréscimos ao tempo de serviço exercido nas condições elencadas no artigo 1º da Lei nº 2.455/54 até a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 20/98 - 16 de dezembro de 1998-, contanto que o servidor, até essa data, tenha requerido a expedição do ato declaratório que lhe reconheça o direito a tal acréscimo, na forma do art. 2º, § 3º, da prefalada Lei, assim como tenha implementado os requisitos para a aposentação, nos termos do art. 3º da mesma Emenda Constitucional;

É o parecer.

Porto Alegre, 29 de março de 1999.

JOSÉ GUILHERME KLIEMANN,
PROCURADOR DO ESTADO.

Processo nº 000819-10.00/99.5 - PGE

Processo nº 000819-10.00/99.5

Acolho as conclusões do PARECER nº 12.620, da Procuradoria de Pessoal, de autoria do Procurador do Estado Doutor JOSÉ GUILHERME KLIEMANN, aprovado pelo Conselho Superior na Sessão realizada no dia 06 de outubro de 1999.

Encaminhe-se o expediente ao Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Administração e dos Recursos Humanos para conhecimento.

Em 08 de outubro de 1999.

Paulo Peretti Torelly,
Procurador-Geral do Estado





LEGISLAÇÃO





**Proposta de
Projeto de Lei Complementar n. /99
ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO
DO RIO GRANDE DO SUL**

Dispõe sobre a Lei Orgânica da Advocacia de Estado, organiza a Procuradoria-Geral do Estado, disciplina o regime jurídico dos cargos da carreira de Procurador do Estado e dá outras providências.

**Título I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º A Advocacia de Estado, instituição permanente e vinculada à tutela do interesse público no Estado Democrático de Direito, como função essencial à justiça e ao regime de legalidade da administração pública, obedecerá ao regime jurídico especial estabelecido por esta Lei Complementar.

§ 1º A atividade da Advocacia de Estado será organizada, por lei própria, sob a forma de sistema, denominado Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado.

§ 2º A Procuradoria-Geral do Estado é o órgão de coordenação central da Advocacia de Estado, sendo vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante do seu Gabinete.

Art. 2º São funções institucionais da Advocacia de Estado:

I - exercer, privativamente, a representação judicial do Estado, suas autarquias e fundações públicas, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da administração pública estadual;

II - zelar pela guarda dos princípios fundamentais da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como dos preceitos fundamentais delas decorrentes;

III - zelar pela constitucionalidade dos atos de governo e pela observância, na administração pública estadual, direta e indireta, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e economicidade, assim como das demais disposições constantes da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, atinentes à administração pública;

IV - patrocinar, junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal de Justiça do Estado, as ações de inconstitucionalidade propostas pelo Governador do Estado;

V - promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e a ação de

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **157**

improbidade administrativa, ou a habilitação processual do Estado, quando for o caso, como litisconsorte ou por qualquer forma interessado;

VI - defender, perante o Tribunal de Justiça do Estado, torna legal ou ato normativo municipal, impugnado em face da Constituição Estadual, por inconstitucionalidade, em tese, ressalvadas as demandas em que o Governador do Estado figurar como proponente ou litisconsorte ativo.

VII - planejar e promover o desenvolvimento institucional do Estado e da elaboração legislativa de sua competência;

VIII - estabelecer princípios e diretrizes para o funcionamento do Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado, unificando a sua jurisprudência administrativa;

IX - proporcionar os meios institucionais e jurídicos necessários à integração latino-americana, em cooperação com a União e os Municípios;

IX - contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas nacionais e estaduais, bem como dos serviços públicos estaduais e municipais;

XI - exercer a função correicional da Administração Pública Estadual, Direta ou Indireta;

XII - prestar assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo;

XIII - representar os interesses da Administração pública Estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União;

XIV - exercer a administração e o controle do pagamento de precatórios judiciais de responsabilidade do erário público estadual;

XV - homologar as inscrições de dívida ativa de créditos tributários e não tributários do Estado do Rio Grande do Sul;

XVI - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua natureza e finalidade institucionais.

§ 1º As funções relacionadas nos itens I, IV, V e VI, VIII, XI, XII e XIII são de competência exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 2º O Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado é integrado pelos seguintes órgãos:

I - a Procuradoria-Geral do Estado, como órgão de coordenação central, com funções de orientação normativa da atividade sistematizada e supervisão técnica sobre a forma da prestação dos serviços jurídicos pelos órgãos integrados ao Sistema, podendo, para tanto, emitir resoluções, súmulas e outros atos e pronunciamentos em matéria da sua competência;

II - um órgão de integração, instituído na Procuradoria-Geral do Estado e vinculado ao Gabinete do Procurador-Geral, com funções de articulação dos órgãos do Sistema e de apoio técnico e administrativo ao órgão central;

III - agentes setoriais, com funções de supervisão dos serviços de natureza jurídica incumbidos aos órgãos integrantes do Sistema, na Administração Direta e Indireta do Estado, os quais serão designados pelo Procurador-Geral do Estado.

158 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

dentre Procuradores do Estado, ouvidos os dirigentes máximos dos respectivos órgãos operacionais;

IV - órgãos operacionais, as unidades que, integradas às estruturas da Administração Direta e Indireta e sob coordenação dos agentes setoriais, executam as atividades de assessoramento jurídico.

§ 3º Em circunstâncias excepcionais, a juízo do Procurador-Geral do Estado, a designação de agente setorial, de que trata o inciso III, poderá recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado.

Art. 3º As funções institucionais da Advocacia de Estado são de competência privativa dos Procuradores de Estado, organizados em carreira e regidos na forma desta Lei Complementar, aos quais também cabe exercer, com exclusividade, as atribuições jurídicas da Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 4º A estrutura básica da Procuradoria-Geral do Estado, organizada com observância dos princípios da unidade e da indivisibilidade, dotada de autonomia administrativa e financeira, estabelece os vínculos de relação administrativa e de coordenação técnica e profissional a que estão submetidos os integrantes da carreira de Procurador do Estado.

Parágrafo único. O pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado será organizado em carreira, com quadro próprio, sujeito ao regime estatutário e recrutado exclusivamente por concurso público de provas ou de provas e títulos.

Art. 5º As autarquias estaduais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais sociedades anônimas sob controle acionário do Estado, assim como suas respectivas subsidiárias, as fundações públicas e as demais fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e, ainda, as concessionárias e permissionárias do serviço público estadual ficam adstritas à observância da jurisprudência administrativa do Estado, no que couber, e sujeitas ao controle de legalidade e supervisão jurídica da Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 6º A Procuradoria-Geral do Estado, atendendo a razões de conveniência e interesse público, poderá promover a contratação de serviços jurídicos, a serem prestados a entidades da administração indireta do Estado, por advogados não integrantes dos quadros do serviço público estadual.

Art. 7º A Procuradoria-Geral do Estado elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e a encaminhará ao Governador do Estado.

Art. 8º A Procuradoria-Geral do Estado será chefiada pelo Procurador-Geral do Estado, com prerrogativas de Secretário de Estado, e o cargo será provido em comissão, pelo Governador do Estado, devendo a escolha recair em membros da carreira, indicados em lista tríplice, por eleição de seus pares, para mandato de dois anos, admitida uma recondução por igual período.

§ 1º A lista tríplice será elaborada mediante eleição direta e escrutínio secreto a se realizar no mês de dezembro, na sede da Procuradoria-Geral do Estado.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **159**

§ 2º Poderão votar todos os membros da Procuradoria-Geral do Estado no efetivo exercício de suas funções.

§ 3º A eleição, convocada pelo Procurador-Geral do Estado, será procedida e apurada por comissão especial constituída dos três Procuradores do Estado mais antigos na carreira, sob a presidência do mais antigo destes.

§ 4º Não será admitido o voto por correspondência.

§ 5º Encerrada a apuração dos votos, a comissão especial proclamará eleitos os três Procuradores do Estado mais votados, organizando lista da qual constarão o número de votos de cada integrante, o número de votos nulos e em branco e, ainda, o índice de abstenção. Havendo empate, terá preferência, para inclusão na lista, o Procurador do Estado mais antigo na carreira.

§ 6º A lista tríplice será remetida ao Governador do Estado no primeiro dia útil imediato à eleição.

§ 7º O Governador do Estado efetuará a nomeação no prazo de dez dias, contados do recebimento da lista.

Título II

DA ORGANIZAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Capítulo I

Da estrutura orgânica

Art. 9º A Procuradoria-Geral do Estado compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) Procurador-Geral do Estado;
- b) Procurador-Geral Adjunto;
- c) Corregedoria-Geral;
- d) Conselho Superior;

II - órgãos executivos com especialização em razão da matéria;

III - órgãos executivos com funções de coordenação e integração;

IV - órgão executivo com funções de pesquisa e documentação;

V - órgão central de atividade administrativa;

VI - órgãos de assessoramento direto ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado;

VII - órgãos de execução direta: os Procuradores do Estado.

§ 1º As funções de chefia e de assessoramento dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado serão providas por ato do Procurador-Geral do Estado, ressalvada a reserva de competência do Governador do Estado.

§ 2º A escolha de titulares para as funções referidas no parágrafo anterior deverá recair:

I - para os órgãos executivos, em Procurador do Estado, integrante das classes final ou superior da carreira;

160 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

II - para os órgãos de assessoramento direto ao Gabinete, com atribuições específicas em assuntos técnico-jurídicos, em Procurador do Estado, ainda que fora da carreira;

III - para o órgão central da atividade administrativa, em servidor público estadual, preferentemente do quadro de pessoal da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 3º A competência dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado, que não estiver prevista nesta Lei Complementar, observará o disposto em lei própria.

§ 4º O órgão executivo ao qual competir a consultoria jurídica do Estado em matéria administrativo-disciplinar e o processamento e julgamento dos processos administrativo-disciplinares instaurados para apuração de responsabilidade dos servidores da administração pública estadual, será instância ordinária necessária, vinculativa e definitiva, ressalvados os poderes de revisão do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, do Procurador-Geral do Estado e do Governador do Estado.

Capítulo II

Do Procurador-Geral do Estado

Art. 10. Ao Procurador-Geral do Estado compete:

I - dirigir a Procuradoria-Geral do Estado, coordenar suas atividades e orientar-lhes a atuação;

II - receber a citação inicial nos feitos em que a Procuradoria-Geral do Estado exerça a representação judicial do Estado ou de outras pessoas jurídicas de direito público, integrantes da Administração Pública;

III - reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, receber e dar quitação e firmar compromisso, nas ações em que a Procuradoria-Geral do Estado esteja no exercício da representação judicial;

IV - propor ao Governador do Estado o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais, estaduais ou municipais;

V - prestar assessoramento direto ao Governador do Estado, em assuntos de natureza jurídica;

VI - emitir parecer sobre questões de direito submetidas ao seu exame pelo Governador ou pelo Vice-Governador do Estado;

VII - propor ao Governador do Estado a decretação de nulidade e revogação de atos da Administração Estadual;

VIII - apresentar ao Governador do Estado, observados os parâmetros constitucionais e os estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, a proposta orçamentária da Procuradoria-Geral, para inclusão no projeto de lei orçamentária, e os projetos de lei de criação e extinção dos cargos da carreira e dos serviços auxiliares e de fixação dos respectivos vencimentos, para encaminhar à Assembléia Legislativa;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **161**

IX - apresentar ao Governador do Estado os projetos de lei sobre reajuste e revisão de estipêndios dos Procuradores de Estado e dos servidores da Procuradoria-Geral do Estado;

X - propor súmulas de jurisprudência administrativa do Estado, para conferir uniformidade à orientação jurídico-normativa para a Administração Pública Estadual;

XI - determinar, estando a tanto autorizado pelo Governador do Estado, a realização de concursos para provimento de cargos de Procurador do Estado e do Quadro de Pessoal Auxiliar da Procuradoria-Geral do Estado, bem como homologar o resultado destes concursos;

XII - determinar a lotação e a remoção dos Procuradores do Estado, observadas as normas legais e regulamentares;

XIII - aplicar penas disciplinares aos integrantes da carreira de Procurador do Estado e servidores da Procuradoria-Geral;

XIV - lotar e designar servidores da Procuradoria-Geral, respeitadas as peculiaridades dos respectivos cargos;

XV - exercer a chefia do Sistema de Advocacia de Estado;

XVI - presidir o Conselho Superior;

XVII - avocar o exame de qualquer assunto da competência da Procuradoria-Geral do Estado, ressalvada a competência do Conselho Superior e da Corregedoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado.

Parágrafo único. São indelegáveis as funções definidas nos incisos I, IV, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVII.

Capítulo III

Do Procurador-Geral Adjunto

Art. 11. Ao Procurador-Geral Adjunto compete:

I - substituir o Procurador-Geral do Estado, no desempenho de suas atribuições, nos termos do art. 86 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, nos seus impedimentos e, até a nomeação de novo titular, na vacância do cargo;

II - auxiliar o Procurador-Geral, no exercício de suas atribuições e responsabilidades;

III - coordenar o planejamento e a execução de programas, projetos e atividades que lhe forem delegados pelo Procurador-Geral;

IV - supervisionar a elaboração da proposta orçamentária da Procuradoria-Geral do Estado;

V - integrar, como membro nato, o Conselho Superior;

VI - prolatar despachos de distribuição dos expedientes entre os diversos órgãos da Procuradoria-Geral;

VII - submeter ao Procurador-Geral os processos que, pela natureza da matéria, devam ser apreciados pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

162 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Capítulo IV Da Corregedoria-Geral

Art. 12. A Corregedoria-Geral do Estado compete:

I - fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos órgãos e agentes da Procuradoria-Geral do Estado, por meio de inspeções e correições;

II - propor ao Procurador-Geral do Estado as medidas necessárias ou recomendáveis para a correção, a racionalização e a eficiência dos serviços e o aperfeiçoamento institucional;

III - instaurar, de ofício ou mediante provocação do Procurador-Geral do Estado ou, ainda, por representação de terceiros, sindicâncias e processos administrativos, inclusive disciplinares e por insuficiência de desempenho contra os integrantes da carreira de Procurador do Estado;

IV - dirigir e acompanhar o Estágio Probatório dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado;

V - avaliar e levar à consideração do Conselho Superior os elementos coligidos sobre:

a) o estágio probatório de integrantes da carreira de Procurador do Estado;

b) a atuação dos Procuradores do Estado concorrentes à promoção por merecimento;

VI - opinar, previamente, em todos os procedimentos tendentes a eventuais modificações no Quadro de Procuradores do Estado e no Quadro dos Serviços Auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado;

VII - expedir instruções e provimentos em assuntos de organização, controles e procedimentos administrativos dos serviços da Procuradoria-Geral do Estado, visando a sua simplificação e seu aprimoramento;

VIII - propor ao Procurador-Geral do Estado medidas regulamentares e administrativas que visem a corrigir falhas e deficiências na organização do serviço;

IX - convocar e realizar reuniões com os Procuradores do Estado para tratar de assuntos relacionados com sua atuação funcional;

X - requisitar de qualquer autoridade processos administrativos ou judiciais, documentos oficiais e informações, ainda que estes sejam de teor confidencial ou reservado, traslados, certidões, pareceres, laudos técnicos e diligências necessários ou úteis ao pleno desempenho de suas funções;

XI - manter atualizados os prontuários da vida funcional dos Procuradores do Estado, nos quais deverão constar, obrigatoriamente:

a) aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento ou especialização profissional;

b) trabalhos publicados;

c) participação, como palestrante ou docente, ou apresentação de teses

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **163**

em cursos de aperfeiçoamento ou especialização profissional, congressos, simpósios ou outras promoções similares;

d) desempenho de funções públicas relevantes;

e) participação em entidades com finalidade cultural na área do direito;

XII - elaborar o Regulamento do Estágio Probatório dos Procuradores do Estado;

XIII - apontar ao Procurador-Geral do Estado as necessidades de pessoal ou material, nos serviços afetos à Procuradoria-Geral do Estado;

XIV - fornecer suporte administrativo à Comissão de Concurso para os cargos de Procurador do Estado;

XV - avaliar, permanentemente, a situação geral da carreira dos Procuradores do Estado, no tocante à necessidade de criação de novos cargos, sua distribuição nas classes e respectivas lotações;

XVI - autorizar os membros da carreira de Procurador do Estado a fixar residência em Município diverso daquele em que se situar a sede dos respectivos órgãos de lotação ou designação;

XVII - exercer outras atividades correlatas ou que lhe venham a ser atribuídas ou delegadas.

Capítulo V

Do Conselho Superior

Art. 13. Ao Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, que é constituído por membros natos e por doze Procuradores do Estado, nomeados pelo Procurador-Geral do Estado entre os membros da carreira, de classe superior, sendo seis de livre escolha e seis eleitos, compete:

I - designar a comissão de avaliação especial de desempenho de estágio probatório dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, que contará com representação obrigatória da Corregedoria-Geral, e deliberar sobre os pronunciamentos desta;

II - emitir juízo de mérito administrativo acerca da conveniência de confirmação na carreira dos Procuradores do Estado em estágio probatório, consideradas as manifestações da Corregedoria-Geral;

III - elaborar as listas tríplexes dos Procuradores do Estado concorrentes à promoção por merecimento, bem como organizar as listas de antigüidade dos Procuradores do Estado, processando e julgando os recursos quanto à classificação;

IV - elaborar ou reexaminar súmulas para a uniformização da jurisprudência administrativa do Estado;

V - pronunciar-se nos processos administrativo-disciplinares em que Procurador do Estado figure como indiciado, após o relatório e antes do julgamento;

VI - pronunciar-se a respeito da conveniência do desempenho de Procurador do Estado, fora da atividade de Advocacia de Estado;

164 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

VII - pronunciar-se a respeito da concessão da licença para qualificação profissional, nos termos da regulamentação própria;

VIII - revisar pronunciamento de órgão da Procuradoria-Geral, em matéria considerada relevante pelo Procurador-Geral, inclusive elaborando parecer normativo, se for o caso;

IX - revisar pronunciamentos divergentes sobre a mesma matéria, com a finalidade de assegurar a unicidade na orientação jurídica da Procuradoria-Geral;

X - determinar, independentemente da iniciativa de outras autoridades, a instauração de sindicâncias e processos administrativo-disciplinares para a apuração de irregularidades que envolvam integrantes da carreira de Procurador do Estado;

XI - elaborar seu regimento.

§ 1º São membros natos, além do Procurador-Geral e do Procurador-Geral Adjunto, o Corregedor-Geral e os ex-Procuradores-Gerais, estes enquanto pertencerem à carreira;

§ 2º Dos membros nomeados, oito são indicados pelo Procurador-Geral e quatro pelos membros da carreira, na forma que dispuser o Regimento Interno do Conselho;

§ 3º O mandato dos membros do Conselho Superior nomeados pelo Governador do Estado é de dois anos, admitida uma recondução para mandato subsequente;

§ 4º Para deliberar, o Conselho Superior não poderá prescindir da presença de, pelo menos, metade mais um de seus membros no efetivo desempenho de suas funções, não se computando, para este fim, os Procuradores do Estado afastados temporariamente, por qualquer dos motivos autorizados em lei;

§ 5º O mandato dos membros nomeados do Conselho Superior esgotar-se-á sempre a 30 de junho, ainda que haja ocorrido retardamento na nomeação ou na posse;

§ 6º O Procurador que for nomeado para a vaga de Conselheiro que não terminou o mandato apenas o completará;

§ 7º Os Procuradores do Estado indicados pelos membros da carreira em atividade serão escolhidos, a partir de lista tríplice para cada cargo, elaborada mediante escrutínio secreto;

§ 8º O Procurador do Estado que tiver interesse ou tiver se pronunciado em assunto submetido ao Conselho Superior, será cientificado da sessão em que integrar a respectiva pauta, para nela ter assento e voz, ressalvadas as sessões secretas.

Capítulo VI

Do Procurador do Estado

Art. 14. O Procurador do Estado exerce função essencial à justiça e, no desempenho do cargo, goza de independência funcional e das prerrogativas inerentes à atividade da advocacia, além das estabelecidas nesta Lei Complementar, sendo inviolável por seus atos e manifestações oficiais, nos limites da lei.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **165**

§ 1º A independência funcional de que trata o *caput* deste artigo não elide o dever de, no exercício do patrocínio judicial, garantir aos seus constituintes institucionais e legais o contraditório e a ampla defesa, nas instâncias ordinárias, ressalvados os casos em que a sustentação da lide se mostrar incompatível com os princípios que regem os atos do Poder Público, ou em que a pretensão resistida tenha abrigo na jurisprudência administrativa do Estado ou em orientação uniforme de instâncias não ordinárias do Poder Judiciário, ou, ainda, em que encontre impedimento ético, casos esses em que será previamente ouvido o respectivo órgão executivo.

§ 2º A competência das autoridades públicas constituídas do Estado, nos limites das respectivas atribuições, para emitir juízo de conveniência acerca da impetração de causas judiciais em defesa do interesse público estadual não inibe a iniciativa do Procurador do Estado, desde que com o devido respaldo em elementos de convicção que recomendem o recurso à via jurisdicional, e ouvido o respectivo órgão executivo.

§ 3º O Procurador do Estado tem assegurada sua presença e voz em todas as instâncias administrativas de deliberação acerca de seus atos e pronunciamentos oficiais.

§ 4º No desempenho de seus cometimentos funcionais, o Procurador do Estado tem o poder de requisição de expedientes e processos judiciais e administrativos, informações escritas, certidões, traslados, documentos em geral, cópias, inclusive autenticadas, laudos periciais, diligências, esclarecimentos, acesso a sistemas e arquivos informatizados, assim como de outras medidas que entender necessárias ou úteis ao fiel cumprimento de suas funções, ficando-lhe assegurado o livre e preferencial acesso a todas as repartições públicas do serviço estadual.

§ 5º Todas as autoridades administrativas, civis ou Militares, independentemente de grau hierárquico, assim como todos os funcionários, servidores e agentes públicos, dos órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta de qualquer dos Poderes do Estado, devem conferir prioridade ao atendimento das requisições da Defesa Judicial do Estado, que é considerado de relevante interesse público.

§ 6º O atendimento às requisições da Defesa Judicial do Estado deve ocorrer dentro do prazo máximo de quinze dias, se outro prazo nelas não houver sido fixado, levando-se em conta o princípio processual da eventualidade e a preclusão dos atos processuais, assim como a natureza e o grau de complexidade do objeto da requisição.

§ 7º As autoridades notificadas em mandado de segurança, no prazo fixado para a prestação de informações, enviarão à Defesa Judicial do Estado cópia da respectiva petição inicial e das suas informações, assim como de todos os documentos relevantes para o pleno conhecimento da controvérsia.

§ 8º A inobservância do disposto nos parágrafos anteriores constitui falta de exação no cumprimento do dever e, vindo em prejuízo dos interesses do Estado, determinará também responsabilidade civil e penal.

166 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Título III

DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO

Capítulo I

Das classes

Art. 15. A carreira de Procurador de Estado consta de quatro classes, Inicial, Intermediária, Final e Superior.

Capítulo II

Do concurso de ingresso

Art. 16. Os cargos da classe inicial da carreira de Procurador do Estado serão providos mediante concurso público de provas e títulos realizado pela Procuradoria-Geral do Estado, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases.

Art. 17. O edital do concurso para o ingresso na carreira de Procurador do Estado conterà, além de outras disposições sobre o concurso, o prazo para as inscrições, que não poderá ser inferior a vinte dias, o número de vagas, na classe inicial, os programas sobre os quais versarão as provas e os critérios para a avaliação dos títulos.

Art. 18. O pedido de inscrição no concurso, dirigido ao Procurador-Geral do Estado, será instruído com a prova do preenchimento dos seguintes requisitos:

- I - ser brasileiro;
- II - estar em dia com as obrigações militares;
- III - estar no gozo dos direitos políticos e quite com as obrigações eleitorais;
- IV - não registrar antecedentes criminais;
- V - ser bacharel em direito.

Parágrafo único. A inexistência de antecedentes criminais, para fins de inscrição, será objeto de declaração firmada pelo requerente, sob as penas da lei.

Art. 19. Encerrado o julgamento dos pedidos de inscrição, o Procurador-Geral designará as datas das provas e fará publicar a lista dos candidatos admitidos.

Art. 20. A seleção dos candidatos admitidos ao concurso será feita pela Comissão de Concurso, órgão auxiliar, de natureza transitória, constituída por ato do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único. As decisões da Comissão de Concurso serão tomadas por maioria de votos.

Art. 21. Encerrada a última prova escrita, os candidatos habilitados terão o prazo de quinze dias para apresentar os títulos indicados no edital do concurso.

Art. 22. Após a publicação no Diário Oficial das notas das provas ou dos títulos caberá pedido de reconsideração ao Procurador-Geral do Estado, no prazo fixado em edital, não inferior a cinco dias, em cuja fluência é assegurada aos

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **167**

candidatos vista dos títulos e das provas, próprios e dos concorrentes, bem como das provas-padrão, se houver, e dos critérios de avaliação.

§ 1º O pedido de reconsideração deverá conter:

a) circunstanciada exposição a respeito das questões, pontos ou títulos, para os quais, em face das normas do concurso ou dos critérios adotados, deveria ser atribuído maior grau ou número de pontos;

b) as razões do pedido, bem como o total de pontos solicitados.

§ 2º Não serão conhecidos os pedidos de reconsideração que não satisfizerem ao disposto no parágrafo anterior.

Art. 23. A banca examinadora manifestar-se-á sobre os pedidos de reconsideração apresentados ao Procurador-Geral do Estado, opinando pela concessão, ou não, dos pontos solicitados.

Art. 24. O concurso terá validade de dois anos a contar da homologação.

Parágrafo único. O candidato aprovado que recusar a nomeação perderá o direito à ordem de sua classificação.

Capítulo III

Nomeação, Posse e Exercício

Art. 25. Os candidatos aprovados no concurso de ingresso da carreira de Procurador do Estado, observada a ordem de classificação, serão nomeados pelo Governador do Estado.

Parágrafo único. A nomeação, ante o Procurador-Geral do Estado, será efetivada até trinta dias após a publicação do ato de nomeação no Diário Oficial do Estado, prazo que poderá ser prorrogado até quinze dias, por motivo justificado.

§ 1º São requisitos para a posse:

I - ter aptidão física e psíquica para o cargo, comprovada por inspeção do órgão estadual competente;

II - estar em dia com as obrigações militares;

III - estar no gozo dos direitos políticos e quite com as obrigações eleitorais;

IV - não registrar antecedentes criminais;

V - comprovar habilitação legal para o exercício da profissão de advogado.

§ 2º A prova da inexistência de antecedentes criminais, para a posse, será feita por folha corrida de todas as comarcas e órgãos da justiça em cujo território tiver o candidato residido nos últimos cinco anos, contados da data de nomeação.

Art. 26. O exercício no cargo terá início dentro de quinze dias da posse, sob pena de ser tomado sem efeito o ato de nomeação.

Parágrafo único. Entre os que iniciarem o exercício na mesma data será observado, para efeito de antigüidade, a ordem de classificação no concurso.

Art. 27. O início do exercício do cargo de Procurador do Estado será junto à Corregedoria-Geral da Procuradoria-Geral do Estado, onde será cumprido estágio de orientação de, no máximo, sessenta dias, findo o qual o Procurador iniciará o trânsito de quinze dias para assumir o exercício em seu órgão de lotação.

168 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Art. 28. Os Procuradores do Estado terão exercício exclusivamente na Procuradoria-Geral do Estado ou em órgãos integrantes do Sistema de Assistência Jurídica e Defesa Judicial do Estado, ressalvado o desempenho de funções relevantes na Administração Pública, ouvido o Conselho Superior.

§ 1º Os Procuradores do Estado integrantes das classes inicial e intermediária terão exercício no interior do Estado ou em Brasília (DF), excluída quanto aos da classe inicial, também a região metropolitana de Porto Alegre.

§ 2º Em caso de necessidade do serviço, e ouvido o Conselho Superior, o Procurador-Geral poderá convocar Procurador do Estado integrante de qualquer das classes para, em caráter emergencial e por prazo não superior a cento e vinte dias e improrrogável, exercer suas funções fora da sede de lotação, inclusive na região metropolitana de Porto Alegre.

Capítulo IV

Estágio Probatório

Art. 29. A contar da data de início do exercício do cargo e pelo período de três anos, o Procurador do Estado cumprirá estágio probatório, durante o qual será apurada a conveniência de sua confirmação na carreira, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I - idoneidade moral;
- II - disciplina;
- III - contração ao trabalho;
- IV - eficiência no desempenho das funções;
- V - produtividade.

§ 1º O cumprimento dos requisitos de que trata este artigo será verificado através do preenchimento de boletins semestrais pelo chefe imediato do estagiário, complementados por outros dados coligidos pela Corregedoria-Geral, que entre noventa e setenta e cinco dias antes da conclusão prevista do triênio emitirá parecer a ser submetido à comissão de avaliação especial de desempenho de que trata o item I do art. 13.

§ 2º Encaminhado o expediente ao Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, este opinará em relação a cada um dos requisitos do estágio, concluindo a favor ou contra a confirmação do estagiário.

§ 3º Se a manifestação for contrária à confirmação, será dado conhecimento dos autos ao estagiário, que terá o prazo de cinco dias úteis para deduzir sua defesa.

§ 4º Apresentada a defesa, o Conselho Superior decidirá conclusivamente em Resolução, com o voto de dois terços dos membros em efetivo exercício, propondo a exoneração do estagiário que não satisfizer os requisitos do estágio, ou manifestando-se pela confirmação, que independerá de qualquer ato.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **169**

§ 5º Em todas as fases da avaliação de seu desempenho, os Procuradores do Estado terão franco acesso a intonações e documentos, podendo, ainda, ter assento e voz na sessão, do Conselho Superior, a que se refere o § 4º deste artigo.

Art. 30. Não serão computados para integrar o triênio de estágio probatório os períodos de afastamento do exercício real do cargo, salvo se resultarem de investidura em função de confiança na forma da parte final do art. 39.

Art. 31. Será exonerado por não cumprimento do estágio probatório o Procurador do Estado que o tiver interrompido, nos termos do artigo anterior por períodos que, somados, alcancem três anos.

Art. 32. O funcionário estável, detentor de cargo de provimento efetivo, que dele se houver exonerado em razão de sua investidura em estágio probatório no cargo de Procurador do Estado, se exonerado na forma do artigo 52, item II, retornará de imediato ao cargo anterior ou à disponibilidade correspondente.

Capítulo V Das Promoções

Art. 33. As promoções na carreira de Procurador do Estado operar-se-ão de classe a classe nos termos do Regulamento, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

Parágrafo único. A promoção, por antigüidade ou por merecimento, dependerá de aceitação expressa do Procurador do Estado.

Art. 34. Na apuração da antigüidade, considerar-se-á o tempo de exercício efetivo do Procurador na classe a que pertencer e, em caso de empate, sucessivamente, na carreira, no serviço público estadual e no serviço público em geral.

Parágrafo único. A promoção por antigüidade recairá no Procurador classificado em primeiro lugar conforme esse critério.

Art. 35. O merecimento é apurado na classe e será aferido objetivamente considerando-se as condições principais e secundárias especificadas no Regulamento de que trata o artigo 33.

§ 1º São condições principais as que dizem respeito à atuação do Procurador no exercício de seu cargo e a requisitos indispensáveis àquele exercício, quais sejam: qualidade do trabalho, interesse, presteza, dedicação, produção, disciplina, urbanidade e espírito de cooperação.

§ 2º São condições secundárias, entre outras, o desempenho de funções ou tarefas relevantes na Administração Pública, o exercício reiterado de substituições cumulativas, a publicação de trabalhos técnicos e o exercício do magistério jurídico superior.

Art. 36. A promoção por merecimento recairá no Procurador escolhido pelo Governador do Estado entre os que figurem em lista tríplice, elaborada pelo Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado e encaminhada através do Procurador-Geral.

170 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Parágrafo único. A lista tríplice será organizada em ordem alfabética, dela constando o número de votos obtidos e as vezes em que os candidatos tenham entrado em listas anteriores.

Art. 37. Só poderão concorrer à promoção por merecimento os Procuradores colocados nos dois primeiros terços da respectiva classe por antigüidade, salvo se nenhum dos aceitantes preencher tal requisito.

Art. 38. Não poderá ser promovido o Procurador do Estado em estágio probatório, nem aquele que, tendo já sido confirmado na carreira, não conte com o interstício de dois anos de efetivo exercício na classe, salvo se na mesma nenhum outro o houver completado.

Parágrafo único. O Procurador promovido sem interstício não concorrerá a nova promoção antes de decorridos dois anos à e efetivo exercício.

Art. 39. O exercício, a qualquer título, de funções estranhas às privativas da carreira de Procurador do Estado, não será considerado para efeito de interstício, ressalvadas as de chefia ou de assessoramento na Procuradoria-Geral do Estado, desempenhadas na sede de lotação.

Art. 40. O Procurador que, durante o período de exercício na classe, tiver sido suspenso disciplinarmente, não será incluído, nos dois anos subsequentes, em lista de promoção por merecimento.

Art. 41. Da classificação por antigüidade caberá pedido de reconsideração, no prazo de quinze dias, a contar da publicação da respectiva lista.

Capítulo VI

Da Reintegração

Art. 42. A reintegração, que decorrerá de decisão judicial transitada em julgado, é o retorno do Procurador do Estado a carreira, com ressarcimento dos vencimentos e vantagens deixados de perceber em razão do afastamento, sendo computável, para efeitos legais, o respectivo tempo de serviço.

§ 1º Extinto o cargo e não existindo, na classe, vaga a ser ocupada pelo reintegrando, será o mesmo posto em disponibilidade remunerada.

§ 2º O reintegrando será submetido à inspeção médica e, verificando-se sua incapacidade para o exercício do cargo, será aposentado com as vantagens a que teria direito se efetivada a reintegração.

Capítulo VII

Da Reversão

Art. 43. A reversão é o reingresso, na carreira, do Procurador do Estado aposentado por invalidez, quando insubsistentes os motivos da inatividade.

§ 1º A reversão far-se-á a pedido ou de ofício, em vaga a ser preenchida por merecimento, na classe a que houver pertencido o aposentado.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **171**

§ 2º A reversão dependerá de parecer da Corregedoria-Geral e pronunciamento favorável do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 3º A reversão na classe inicial de carreira somente ocorrerá quando não houver candidato aprovado em concurso em condições de nomeação.

§ 4º O Procurador do Estado que houver revertido, somente poderá ser promovido após o interstício de um ano de efetivo exercício, contado da data da reversão.

Capítulo VIII

Do Aproveitamento

Art. 44. Aproveitamento é o retorno, ao efetivo exercício do cargo, do Procurador do Estado em disponibilidade.

Parágrafo único. O aproveitamento dar-se-á, obrigatoriamente, na primeira vaga da classe a que pertencer o Procurador do Estado que se encontrar nas condições deste artigo.

Art. 45. Extinguindo-se o cargo de Procurador do Estado, seu titular, se estável, será posto em disponibilidade remunerada, aguardando seu aproveitamento.

Capítulo IX

Da Aposentadoria

Art. 46. O Procurador do Estado será aposentado:

I - compulsoriamente, aos setenta anos de idade;

II - a pedido, quando contar o tempo de serviço exigido pela legislação em vigor;

III - a pedido ou compulsoriamente, por invalidez comprovada.

Parágrafo único. A aposentadoria de que trata o item III será concedida mediante comprovação da incapacidade física ou mental do Procurador, e precedida de licença para tratamento de saúde por vinte e quatro meses, salvo se o laudo médico concluir, desde logo, pela incapacidade definitiva para o exercício do cargo.

Art. 47. Os proventos da aposentadoria serão integrais quando o Procurador do Estado:

I - contar com o tempo de serviço a que se refere o item II do artigo anterior;

II - vier a se invalidar;

a) por acidente em serviço;

b) por doença adquirida com relação de causa efeito a condições inerentes ao serviço;

c) por agressão não provocada em serviço ou em decorrência dele;

172 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

d) por lepra, tuberculose ativa, neoplasia maligna, mal de Addison ou de Parkinson, paralisia, psicose, neurose, epilepsia, toxicomania, cardiopatia grave, afecções pulmonares, cardiovasculares, do sistema nervoso central ou periférico, cegueira, artrite reumatóide, espondiloartrose anquilosante, pênfigo, nefropatia grave ou, ainda, por grave enfermidade física superveniente a seu ingresso no serviço público estadual;

III - por outras causas previstas em lei.

§ 1º Nos demais casos, os proventos da aposentadoria serão proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º Os proventos da aposentadoria serão revistos, com base em idêntico critério, sempre que se modificarem os vencimentos e vantagens do Procurador do Estado da mesma classe em atividade, mantida a proporcionalidade quando ocorrer a hipótese prevista no § 1º deste artigo.

Capítulo X

Tempo de Serviço

Art. 48. A apuração do tempo de serviço para promoção, por antigüidade, aposentadoria e vantagens será feita em dias, convertidos em anos, considerados estes como de trezentos e sessenta e cinco dias.

Art. 49. Serão considerados de efetivo exercício, para os efeitos do artigo anterior, os dias em que o Procurador do Estado estiver afastado do serviço em virtude de:

- I - férias;
- II - licença-prêmio;
- III - licença para tratamento de saúde;
- IV - licença por motivo de doença em pessoa da família;
- V - licença de gestante;
- VI - licença para qualificação profissional;
- VII - licença para concorrer à função pública eletiva;
- VIII - casamento, até oito dias;
- IX - luto, até oito dias, por falecimento de cônjuge, ascendente, descendente, sogro ou irmão;
- X - exercício de cargo estadual de provimento em colisão ou de função de confiança por designação ou nomeação do Governador do Estado;
- XI - convocação para serviço militar ou outros serviços por lei obrigatórios;
- XII - prestação de concurso ou prova de habilitação para concorrer a cargo público ou de magistério superior;
- XIII - desempenho de mandato eletivo, inclusive em associação de classe;
- XIV - trânsito;
- XV - disponibilidade remunerada.

Art. 50. O tempo de serviço público federal, estadual e municipal prestado à administração pública direta, autarquias e fundações públicas, será computa-

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **173**

do integralmente para fins de licenças-prêmios, aposentadoria, disponibilidade e todos os demais efeitos legais.

Parágrafo único. O tempo em que o Procurador houver exercido atividade em serviços transferidos para o Estado será computado como de serviço público estadual.

Art. 51. É vedada a acumulação de tempo concorrente ou simultaneamente prestado ao serviço público ou privado.

Capítulo XI

Exoneração

Art. 52. A exoneração do Procurador do Estado dar-se-á:

I - a pedido;

II - *ex-officio* quando não satisfizer os requisitos do estágio probatório, inclusive pela circunstância prevista no artigo 31, ou por insuficiência de desempenho.

Parágrafo único. O Procurador do Estado submetido a processo administrativo-disciplinar ou procedimento de avaliação periódica de desempenho, terá assegurada ampla defesa e somente poderá ser exonerado após a conclusão do respectivo feito, ressalvado o disposto no art. 149.

Título IV

DIREITOS, VENCIMENTOS E VANTAGENS

Capítulo I

Direitos

Art. 53. Ao Procurador do Estado, além de outros conferidos por esta Lei Complementar e pelo Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado e legislação complementar, são assegurados os seguintes direitos:

I - prisão especial, de conformidade com a legislação federal pertinente, com comunicação imediata ao Procurador-Geral do Estado;

II - usar vestes talares e as insígnias privativas da Procuradoria-Geral do Estado;

III - ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares de cargos das funções essenciais à justiça;

IV - uso da carteira de identidade funcional, expedida pelo Procurador-Geral do Estado, valendo como autorização para porte de arma, mesmo na inatividade;

V - auxílio ou colaboração das autoridades administrativas, policiais e seus agentes, sempre que lhes for solicitado;

174 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

VI - presença do Procurador-Geral ou de outro membro da carreira, quando preso em flagrante, para a lavratura do respectivo auto;

VII - de petição, podendo requerer, representar, reclamar e recorrer, dirigindo-se diretamente à autoridade competente ou, por intermédio do Procurador-Geral do Estado, quando se tratar de Governador do Estado;

VIII - estabilidade, após três anos de exercício do cargo mediante nomeação conseqüente a concurso de provas e títulos, só podendo ser demitido em virtude de sentença judicial ou de processo administrativo-disciplinar ou procedimento de avaliação de desempenho, em que lhe seja assegurada ampla defesa.

Capítulo II

Vencimentos e Vantagens Pecuniárias

Art. 54. Além dos vencimentos, aos Procuradores do Estado poderão ser concedidas as seguintes vantagens:

- I - gratificações especiais:
 - a) de direção;
 - b) pelo exercício de função diferenciada;
 - c) de acumulação ou substituição;
 - d) de produtividade;
- II - quinquênios;
- III - adicional por tempo de serviço;
- IV - gratificação de férias;
- V - gratificação natalina;
- VI - diárias;
- VII - ajuda de custo;
- VIII - auxílio moradia;
- IX - auxílio-funeral;
- X - abono familiar.

Parágrafo único. À exceção dos quinquênios e adicionais por tempo de serviço, as demais vantagens não são incorporáveis.

Art. 55. Na Procuradoria-Geral do Estado terão direito à gratificação de direção, o Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral Adjunto, o Corregedor-Geral e os Procuradores-Corregedores da Procuradoria-Geral do Estado e os Procuradores do Estado Coordenadores de Procuradoria.

Parágrafo único. As gratificações previstas no *caput* deste artigo serão calculadas sobre os estipêndios do Procurador-Geral do Estado, nos seguintes percentuais:

- I - vinte e cinco por cento para o Procurador-Geral;
- II - vinte por cento para o Procurador-Geral Adjunto e o Corregedor-Geral da Procuradoria-Geral do Estado;
- III - dezoito por cento para o Procurador do Estado Coordenador de Procuradoria e os Procuradores-Corregedores;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **175**

IV - quinze por cento para o Procurador do Estado coordenador Adjunto de Procuradoria;

V - dez por cento para o Procurador do Estado Dirigente de Equipe.

Art. 56. Na Procuradoria-Geral do Estado terão direito a gratificação pelo exercício de função diferenciada os Procuradores do Estado, integrantes da carreira, que estiverem no exercício de funções de assessoramento no Gabinete do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único. As gratificações previstas neste artigo serão calculadas sobre os estípedios do respectivo cargo, na alíquota de dezoito por cento.

Art. 57. O Procurador do Estado, quando exercer a acumulação plena de suas funções com as de outro cargo da carreira, com lotação em órgão, equipe ou circunscrição administrativa do serviço distintos do cargo que ocupa, perceberá, a título de gratificação, um terço de seus vencimentos; se, em vez de acumular, apenas substituir o titular de cargo para o qual esteja previsto uma das gratificações elencadas no art. 54, item I, letras *a* ou *b*, por período não inferior a dez dias, a gratificação consistirá no mesmo percentual devido por essas gratificações.

Art. 58. Os Procuradores do Estado perceberão, por quinquênio de serviço público estadual, uma gratificação adicional de cinco por cento, até o máximo de sete quinquênios, que incidirá sobre seus vencimentos.

Art. 59. O Procurador do Estado, ao contemplar quinze e vinte e cinco anos de serviço público passará a perceber, respectivamente, o adicional de quinze por cento ou vinte e cinco por cento, sobre os seus vencimentos.

§ 1º A concessão do adicional de vinte e cinco por cento fará cessar o de quinze, anteriormente concedido.

§ 2º Para efeitos de concessão do adicional será computado o tempo de serviço público federal, estadual ou municipal, prestado à administração direta, autarquias e fundações públicas.

§ 3º Compreende-se, também, como de serviço público estadual o tempo em que o Procurador houver exercido funções em serviços transferidos para o Estado.

Art. 60. Os vencimentos correspondentes às férias serão pagos antecipadamente, acrescidos de um terço, junto com o mês imediatamente anterior.

Art. 61. Será concedida ao Procurador do Estado que esteja no desempenho de suas funções uma gratificação natalina correspondente a sua remuneração integral devida no mês de dezembro.

§ 1º A gratificação de que trata este artigo corresponderá a um doze avos da remuneração a que fizer jus o Procurador do Estado, no mês de dezembro, por mês de efetivo exercício, considerando-se as frações iguais ou superiores a quinze dias como mês integral.

§ 2º O pagamento da gratificação natalina será efetuada até o dia vinte do mês de dezembro de cada exercício.

§ 3º A gratificação natalina é devida ao Procurador do Estado afastado de suas funções, sem prejuízo da remuneração e demais vantagens.

176 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

§ 4º O Procurador do Estado exonerado terá direito à gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de exercício, calculada na forma do § 1º, sobre a remuneração do mês da exoneração.

§ 5º É extensiva aos inativos a percepção da gratificação natalina, cujo cálculo incidirá sobre as parcelas que compõem seus proventos.

Art. 62. O Procurador do Estado que se deslocar, temporariamente, de sua sede em objeto de serviço, terá direito a diárias, pagas antecipadamente pelo órgão competente.

§ 1º A diária será igual a um quarenta avos dos vencimentos;

§ 2º Quando se tratar de deslocamento para fora do Estado, o valor da diária corresponderá ao quádruplo previsto no parágrafo anterior.

§ 3º Salvo determinação em contrário do Procurador-Geral, as diárias serão limitadas ao máximo de oito por mês.

§ 4º Ao fim de cada trimestre, o Procurador do Estado informará à Procuradoria-Geral, através da sua Corregedoria-Geral, discriminadamente, as diárias recebidas e o motivo do afastamento da sede.

Art. 63. Ao Procurador do Estado, quando nomeado, promovido ou compulsoriamente removido, será paga uma ajuda de custo correspondente a um mês de vencimento do cargo que deva assumir.

§ 1º Na hipótese de não haver mudança na residência do Procurador do Estado, não será paga a ajuda de custo.

§ 2º A ajuda de custo será paga independentemente do Procurador do Estado haver assumido o novo cargo e restituída, devidamente corrigida, caso a assunção no novo cargo não se efetive.

Art. 64. Ao Procurador do Estado lotado ou designado para atuar em Brasília (DF) será pago um auxílio-moradia equivalente a vinte e cinco por cento de seus vencimentos.

Art. 65. Ao cônjuge sobrevivente ou companheiro, ou em sua falta, aos herdeiros do Procurador do Estado, ainda que aposentado ou em disponibilidade, será pago auxílio-funeral equivalente a um mês dos vencimentos ou proventos percebidos pelo falecido.

Parágrafo único. Na falta das pessoas enumeradas no *caput* que houver custeado o funeral do Procurador do Estado será indenizado da despesa feita até o montante a que se refere este artigo.

Art. 66. Aos dependentes do Procurador do Estado que vier a falecer é assegurada uma pensão correspondente a totalidade da remuneração ou proventos do falecido, a qual será revista na mesma proporção e na mesma data em que ocorrerem modificações na remuneração dos Procuradores do Estado.

§ 1º A pensão começará a ser paga no prazo máximo de trinta dias, a contar da comunicação do óbito à Procuradoria-Geral do Estado.

§ 2º A importância total obtida na forma do artigo será rateada em quotas iguais entre os dependentes com direito à pensão, existentes o tempo da morte do Procurador do Estado.

§ 3º Para os efeitos desta Lei, são considerados dependentes do Procurador do Estado:

I - o cônjuge e os filhos de qualquer condição, enquanto solteiros e menores de vinte e um anos de idade, ou inválidos;

II - o companheiro, assim definido nos termos da legislação previdenciária, desde que se trate de viúvo, separado judicialmente, divorciado ou solteiro, e que o Procurador do Estado tenha falecido em estado de viuvez, de separado judicialmente, de divorciado ou de solteiro;

III - o tutelado e o menor posto sob guarda do falecido por determinação judicial, desde que não possua bens para seu sustento e educação;

IV - os pais, desde que não tenham meios próprios de subsistência e dependam economicamente do Procurador do Estado falecido.

§ 4º Não será considerado dependente o cônjuge separado judicialmente ou o ex-cônjuge divorciado, salvo se a decisão judicial de separado ou divórcio consagrar pensão alimentícia.

§ 5º Os filhos, quando solteiros e estudantes de segundo grau e universitários, conservam ou recuperam a qualidade de dependentes até a idade de vinte e quatro anos, desde que comprovem, semestralmente, a condição de estudante e o aproveitamento letivo.

§ 6º Os dependentes enumerados no item I do § 3º deste artigo são preferenciais e a seu favor se presume a dependência econômica, sendo que os demais devem comprová-la.

§ 7º A quota de pensão de que trata este artigo se extingue:

I - pelo falecimento do pensionista, inexistindo outros dependentes do Procurador do Estado falecido;

II - para o pensionista inválido, pela cessação da invalidez;

III - para os filhos, tutelados e menores sob sua guarda, pelo implemento da idade, na conformidade do previsto nesta Lei, e pelo matrimônio.

§ 8º Extinguindo-se o direito de um dependente, a quota correspondente será acrescida às dos demais, procedendo-se novo rateio entre os pensionistas remanescentes.

§ 9º O Estado completará a diferença se a pensão do Instituto de Previdência do Estado não atingir o montante desta Lei Complementar.

Art. 67. Ao Procurador do Estado ativo ou inativo será concedido abono familiar em razão de dez por cento do menor vencimento básico inicial do Estado, pelos seguintes dependentes:

I - filho menor de dezoito anos;

II - filho inválido ou excepcional de qualquer idade;

III - filho estudante, que não exerça atividade remunerada, até a idade de vinte e quatro anos;

178 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

IV - cônjuge inválido, comprovadamente incapaz, que não perceba remuneração.

§ 1º Quando se tratar de dependente, inválido ou excepcional, o abono será pago pelo triplo.

§ 2º Estendem-se os benefícios deste artigo aos enteados tutelados e menores que, mediante determinação judicial, estejam submetidos a sua guarda.

Art. 68. Os Procuradores do Estado perceberão vencimentos calculados com observância da hierarquia e dos demais critérios fixados nessa Lei Complementar, em função da remuneração do Procurador-Geral do Estado.

Art. 69. O vencimento do Procurador-Geral do Estado e dos integrantes da carreira de Procurador do Estado será constituído de parte básica, devida pelo efetivo exercício do cargo, segundo as classes e o escalonamento vertical.

Art. 70. Para a correspondência dos índices de escalonamento vertical, os vencimentos dos integrantes da carreira de Procurador do Estado serão fixados com diferença de cinco por cento de uma para outra classe, até a superior, a qual será atribuído o índice noventa e cinco, e o cargo de Procurador-Geral do Estado, ao qual será atribuído o índice cem.

Art. 71. O Procurador-Geral do Estado, na forma do artigo 117 da Constituição do Estado, tem vencimento correspondente à remuneração percebida, em qualquer espécie, a qualquer título, pelos Secretários de Estado.

Parágrafo único. Deixará de perceber vencimentos como Procurador do Estado o titular de cargo da classe inicial que aceitar cargo ou função, eletivo ou não, fora da Procuradoria-Geral do Estado.

Capítulo III

Vantagens não Pecuniárias

Art. 72. Aos Procuradores do Estado são asseguradas as seguintes vantagens não pecuniárias:

- I - férias;
- II - licença para tratamento de saúde;
- III - licença à gestante, adotante e à paternidade;
- IV - licença por motivo de doença em pessoa da família;
- V - licença-prêmio;
- VI - licença para tratar de assuntos particulares;
- VII - licença para qualificação profissional;
- VIII - licença para casamento ou por luto;
- IX - licença para acompanhar o cônjuge;
- X - licença para concorrer a cargo eletivo;
- XI - licença especial para fins de aposentadoria;
- XII - licença para o desempenho de mandato classista;
- XIII - licença por acidente em serviço.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **179**

Seção I

Férias

Art. 73. Os Procuradores do Estado gozarão, anualmente, trinta dias de férias individuais, de acordo com a escala aprovada pelas respectivas chefias.

§ 1º Serão autorizadas pelo Governador do Estado as férias do Procurador-Geral.

§ 2º O início das férias coincidirá com o primeiro dia útil do mês constante da escala, salvo determinação em contrário.

Art. 74. Na organização da escala, as chefias conciliarão as exigências do serviço com os interesses dos Procuradores do Estado, consideradas as sugestões que lhes forem remetidas até trinta e um de outubro de cada ano.

Art. 75. Somente após o primeiro ano de exercício adquirirão os Procuradores do Estado direito a férias.

Art. 76. Ao entrar no gozo de férias e ao reassumir o exercício de seu cargo, o Procurador do Estado o comunicará à chefia respectiva.

Parágrafo único. Da comunicação do início das férias deverá constar o endereço onde poderá ser encontrado.

Art. 77. Ao entrar em férias o Procurador relacionará ao chefe imediato os processos sob sua responsabilidade, indicando a situação em que se encontra cada um deles.

Art. 78. Os vencimentos correspondentes às férias, assim como a gratificação correspondente a um terço do valor dos vencimentos, serão pagos antecipadamente se requeridos com antecedência mínima de sessenta dias do início das mesmas.

Seção II

Licença para Tratamento de Saúde

Art. 79. A licença para tratamento de saúde, será concedida, ao Procurador-Geral pelo Governador do Estado, e aos demais Procuradores por aquele, à vista do laudo de inspeção expedido pelo órgão competente.

Parágrafo único. Na concessão de licença para tratamento de saúde, aplicam-se, no que couber, as normas do estatuto comum do funcionalismo público civil do Estado.

Seção III

Licença Gestante

Art. 80. A licença para repouso da gestante, com estipêndios integrais, será concedida nos termos do estatuto do funcionário público civil do Estado.

§ 1º Nos casos de adoção ou legitimação adotiva de recém-nascido, a mãe adotiva terá direito à licença até o adotado completar dois meses de idade.

180 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

§ 2º À lactante fica assegurado o direito de comparecer ao serviço apenas três horas consecutivas por dia durante os três meses imediatamente seguintes ao término de licença de que trata este artigo.

Seção IV

Licença por Doença em Pessoa da Família

Art. 81. O Procurador do Estado poderá obter licença por motivo de doença em ascendentes, descendentes, cônjuge ou irmão, mesmo que não viva a suas expensas, ou pessoa a eles equiparada pela legislação previdenciária estadual, desde que indispensável sua assistência pessoal e permanente ao enfermo.

Art. 82. O Procurador-Geral fará expedir a competente portaria à vista do laudo de inspeção de saúde e das informações prestadas pelo Procurador do Estado.

Art. 83. A licença de que trata o art. 81 será concedida com remuneração integral até três meses; excedendo este prazo, com desconto de dois terços e, sem remuneração, do décimo terceiro mês em diante.

Seção V

Licença- Prêmio

Art. 84. A licença-prêmio será concedida ao Procurador do Estado nas mesmas condições previstas para o funcionário público civil do Estado.

Parágrafo único. O gozo de licença-prêmio será autorizado na forma prevista nesta Lei Complementar para o gozo de férias.

Seção VI

Licença para Tratar de Interesses Particulares

Art. 85. Após três anos de efetivo exercício, o Procurador do Estado poderá obter licença sem vencimentos, para tratar de interesses particulares.

§ 1º A licença não poderá ultrapassar vinte e quatro meses, nem ser repetida antes de dois anos de seu término ou interrupção na forma do § 3º.

§ 2º A licença será negada quando inconveniente ao interesse do serviço.

§ 3º O Procurador do Estado poderá desistir da licença a qualquer tempo.

§ 4º O requerente, salvo motivo de imperiosa necessidade, a juízo do Procurador-Geral, deverá aguardar em exercício a concessão da licença.

Seção VII

Licença para Qualificação Profissional

Poderá obter licença para afastar-se de suas funções, sem prejuízo dos estímulos e demais vantagens, a fim de, no País ou no Exterior:

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **181**

- a) freqüentar cursos de aperfeiçoamento ou especialização profissional;
- b) participar de congressos, simpósios ou outras promoções similares.

Parágrafo único. A licença para freqüentar cursos de pós-graduação somente poderá ser concedida ao Procurador do Estado com mais de três anos de efetivo exercício no cargo e dependerá de pronunciamento favorável do Conselho Superior.

Seção VIII

Licença para Casamento ou Por Luto

Art. 87. Serão concedidos, com todas as vantagens, oito dias de licença ao Procurador do Estado que:

- I - contrair matrimônio;
- II - perder, por falecimento, o cônjuge, ascendente, descendente, sogro, irmão ou pessoa a eles equiparada pela legislação previdenciária estadual.

Parágrafo único. As licenças de que trata o artigo independem de requerimento escrito e serão concedidas pelo chefe imediato do Procurador do Estado que fizer jus a qualquer delas, à vista da respectiva certidão.

Seção IX

Licença para Acompanhar o Cônjuge

Art. 88. O Procurador do Estado terá direito à licença sem vencimentos quando seu cônjuge, independentemente de solicitação, for mandado servir fora do Estado ou em Município onde não seja possível exercer seu cargo.

§ 1º A licença será concedida mediante requerimento devidamente instruído e vigorará pelo tempo em que perdurar o afastamento do cônjuge, ressalvado o disposto no artigo seguinte, devendo ser renovada de dois em dois anos, sem que possa exceder, no entanto, dez anos.

§ 2º Durante a licença de que trata o artigo, o Procurador do Estado não contará tempo de serviço para qualquer efeito.

Art. 89. Cessado o motivo de licença, ou concluído o período desta sem que tenha sido requerida a sua renovação, o Procurador do Estado deverá reassumir o exercício no prazo máximo de trinta dias.

Seção X

Licença para Concorrer a Cargo Eletivo

Art. 90. A licença para o Procurador do Estado concorrer a cargo eletivo será regulada pelas disposições da legislação eleitoral e pelas normas estaduais aplicáveis aos servidores públicos em geral.

182 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Título V **DEVERES E RESPONSABILIDADES**

Capítulo I Deveres

Art. 91. O Procurador do Estado deverá manter conduta compatível com a dignidade de seu cargo e zelar pelo prestígio da carreira, incumbindo-lhe, especialmente:

- I - residir na respectiva sede de lotação ou designação;
- II - comparecer pessoalmente, com a regularidade que a natureza do serviço exigir, às repartições administrativas e judiciárias em que deva exercer suas funções ou praticar atos de sua competência, comunicando *incontinenti* ao chefe imediato os motivos pelos quais eventualmente não possa fazê-lo ou não possa tomar providências sujeitas a prazo;
- III - desempenhar com zelo e presteza, dentro dos prazos legais e regulamentares, as atribuições do cargo e os serviços que lhe forem cometidos;
- IV - zelar pela regularidade e celeridade dos processos em que intervenha;
- V - guardar sigilo sobre fatos ou informações de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função;
- VI - representar ou comunicar a seu chefe imediato ou ao Procurador Corregedor a respeito de irregularidade no serviço estadual de que venha a tomar conhecimento.
- VII - prestar as informações solicitadas pelas chefias ou órgãos superiores da Procuradoria-Geral.

Art. 92. Ao Procurador do Estado, além das proibições comuns aos funcionários estaduais, é especialmente vedado:

- I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens e custas processuais;
- II - exercer a advocacia fora das atribuições constitucionais;
- III - participar de sociedade comercial, nos termos da lei;
- IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outro função pública, salvo uma de magistério.

CAPÍTULO II Correições

Art. 93. Os serviços da Procuradoria-Geral do Estado estão sujeitos a correições, que serão:

- I - permanentes;
- II - ordinárias;
- III - extraordinárias.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **183**

Parágrafo único. As correções previstas neste artigo serão realizadas na forma e na época estabelecidas em regulamentação própria.

CAPÍTULO III Normas Disciplinares

Seção I Penalidades e da Sua Aplicação

Art. 94. O Procurador do Estado está sujeito às seguintes penas disciplinares:

- I - advertência;
- II - censura;
- III - suspensão;
- IV - demissão;
- V - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Art. 95. A pena de advertência será aplicada quando ocorrer:

- a) negligência no exercício das atribuições funcionais;
- b) desobediência às determinações e instruções das chefias e órgãos superiores da Procuradoria-Geral do Estado.
- c) infrações funcionais de natureza leve.

Parágrafo único. A pena de advertência será aplicada verbal e pessoalmente, sempre de forma reservada e não constará dos assentamentos funcionais.

Art. 96. A pena de censura, imposta sempre por escrito e em caráter reservado, será aplicada nos casos de:

- I - violação intencional dos deveres funcionais;
- II - negligência reiterada;
- III - procedimento público incorreto.

Art. 97. A pena de suspensão poderá ser aplicada nas hipóteses de:

- I - desrespeito às chefias e órgãos superiores da Procuradoria-Geral do Estado;
- II - reincidência em falta punida com a pena de censura;
- III - afastamento do exercício do cargo fora dos casos previstos em lei, salvo se prevista pena mais grave;
- IV - prática de ato incompatível com a dignidade do cargo ou da função.

§ 1º A pena de suspensão, que não excederá a sessenta dias, acarretará a perda de cinquenta por cento dos vencimentos e da contagem total do tempo de serviço nesse período, não podendo coincidir com férias ou licença, a qualquer título.

§ 2º Serão consideradas atenuantes, na aplicação da pena de suspensão, a ausência de antecedentes disciplinares, a prestação de bons serviços à Procuradoria-Geral do Estado, bem como ter sido cometida a falta na defesa de garantia ou prerrogativa funcional.

184 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Art. 98. Por conveniência do serviço a pena de suspensão poderá ser convertida em multa, permanecendo o Procurador do Estado em exercício, com direito a dois terços dos vencimentos e vantagens e sem interrupção da contagem de tempo de serviço.

Art. 99. A pena de demissão poderá ser aplicada nos casos de:

I - abandono de cargo, assim considerada a interrupção justificada no exercício das funções por mais de trinta dias consecutivos;

II - ausência ao serviço sem causa justificada, por mais de sessenta dias, intercaladamente, durante o período de doze meses;

III - violação de proibição prevista no art. 92 desta Lei Complementar;

IV - improbidade funcional;

V - condenação por crime contra a Administração e fé pública, cuja natureza e configuração incompatibilize para o exercício do cargo;

VI - condenação à pena privativa de liberdade, por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

VII - condenação à pena de reclusão por mais de dois anos, ou detenção por mais de quatro anos.

§ 1º A pena de demissão somente poderá ser aplicada com base em processo administrativo-disciplinar ou em sentença judicial.

§ 2º A pena de demissão será aplicada com a cláusula a “bem do serviço público”, nas hipóteses dos itens IV, V, VI e VII deste artigo.

Art. 100. A reincidência caracterizar-se-á com o cometimento de falta disciplinar, após a aplicação de pena definitiva, por fato a que se comine pena de igual natureza ou mais grave.

Parágrafo único. A reincidência só opera efeitos se a segunda falta disciplinar for cometida antes de transcorridos dois anos da aplicação da pena anterior, definitiva.

Art. 101. Deverão constar do assentamento individual do Procurador do Estado as penas que lhe forem impostas, exceto a de advertência, sendo vedada sua publicação, a não ser nos casos de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Parágrafo único. É vedado fornecer a terceiros certidões relativas às penalidades referidas nos itens II e III do art. 94 desta Lei Complementar, salvo para a defesa de direito.

Art. 102. Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade do Procurador do Estado, mediante processo administrativo-disciplinar, em virtude de ato praticado quando ainda em atividade ou disponibilidade, nos casos em que esta Lei Complementar comina pena de demissão.

Art. 103. Para a aplicação das penas disciplinares são competentes:

I - o Governador do Estado, em se tratando de pena de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

II - o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral Adjunto, em qualquer hipótese, ressalvada a competência do Governador do Estado;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **185**

III - o Corregedor-Geral, os Procuradores-Corregedores, os Coordenadores e os titulares de funções equivalentes, nos casos de censura e advertência.

Seção II

Prescrição da Aplicação e Execução das Penas

Art. 104. A aplicação das penas referidas no art. 94 desta Lei Complementar prescreve nos seguintes prazos:

I - em sessenta dias a de advertência;

II - em seis meses a de censura;

III - em um ano a de suspensão;

IV - em cinco anos as de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º A data do conhecimento do fato por superior hierárquico constitui o termo inicial dos prazos de que trata este artigo.

§ 2º Quando as faltas constituírem, também, fato delituoso, a prescrição será regulada pela lei penal.

§ 3º A prescrição será objeto de:

I - interrupção, começando o prazo a correr, novamente, por inteiro, a partir da data da instauração de processo administrativo-disciplinar;

II - suspensão, continuando o prazo a correr, no seu restante, enquanto não resolvida, em outro processo de qualquer natureza, questão de que dependa o reconhecimento da transgressão.

Art. 105. A execução das penas previstas nos itens II e III do art. 94 desta Lei Complementar prescreve em um ano a contar da data de sua publicação em decisão irrecurável.

Seção III

Procedimento disciplinar

Art. 106. O Procurador-Geral do Estado, o Procurador-Geral Adjunto, o Corregedor-Geral, os Coordenadores e os titulares de funções equivalentes que tiverem conhecimento de irregularidades ou faltas funcionais praticadas por Procurador do Estado tomarão as medidas necessárias no sentido de promover a sua apuração.

Parágrafo único. Qualquer pessoa poderá reclamar a apuração de responsabilidade do Procurador do Estado, mediante representação escrita dirigida ao Procurador-Geral.

Art. 107. A apuração das infrações será feita mediante sindicância ou processo administrativo-disciplinar.

186 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Seção IV Sindicância

Art. 108. A sindicância será realizada como condição para aplicação das penas previstas nos itens II e III do art. 94 desta Lei Complementar, ou quando a falta funcional não se revelar evidente ou for incerta a sua autoria.

Parágrafo único. Quando a falta funcional for confessada, documentalmente provada ou constituir fato notório, a pena será aplicada independentemente de sindicância.

Art. 109. O Procurador-Geral, ao determinar a sindicância, poderá, de acordo com a natureza da irregularidade, designar um ou mais Procuradores do Estado, no máximo três, para realizá-la.

§ 1º Tratando-se de comissão, a portaria indicará o seu presidente.

§ 2º Quando se tratar de um só Procurador designado, este praticará todos os atos de competência da comissão.

Art. 110. Na realização da sindicância, observar-se-á o seguinte procedimento:

I - a comissão verificará os fatos e as circunstâncias em que os mesmos ocorreram, inquirindo, sem formalidades, o autor da representação se houver, e as testemunhas, e apreciará os documentos que possam esclarecer a informação;

II - a seguir, ouvirá o indiciado, assinando-lhe o prazo de cinco dias para produzir justificção ou defesa, possibilitando-lhe apresentar provas, arrolar testemunhas, até o máximo de cinco, oferecer alegações escritas e juntar documentos;

III - colhidas as provas, em cinco dias, a comissão, em idêntico prazo, submeterá relatório ao Procurador-Geral do Estado;

IV - de posse do relatório, e à vista das informações, o Procurador-Geral, no prazo de dez dias, proferirá decisão, caso não determine novas diligências.

Art. 111. A sindicância será realizada em trinta dias, alvo prorrogação por idêntico prazo concedido pelo Procurador-Geral.

Seção V Processo Administrativo-Disciplinar

Art. 112. O processo administrativo-disciplinar será instaurado por determinação do Governador do Estado, do Procurador-Geral do Estado ou deliberação do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, para apurar a responsabilidade do Procurador do Estado, sempre que a imputação, verificada por meio de sindicância ou outro procedimento cabível, possa importar; a aplicação das penas previstas nos itens IV e V do art. 94 desta Lei Complementar, assegurada ao acusado ampla defesa.

Art. 113. A comissão de processo disciplinar será presidida pelo Corregedor-Geral ou por um dos Procuradores-Corregedores e integrada por mais de dois Procuradores do Estado, de classe igual ou superior à do indiciado.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **187**

Art. 114. Os membros da Comissão, bem como o seu secretário, salvo quando expressamente autorizados pelo Procurador-Geral, exercerão tais funções sem prejuízo das atribuições de seus cargos, respeitando sempre, como prioritário, o tempo dedicado às reuniões e audiências designadas pelo presidente.

Art. 115. A comissão somente poderá funcionar com, presença de todos os seus membros, titulares ou substitutos.

Art. 116. O processo disciplinar deverá ser iniciado no prazo improrrogável de cinco dias, contados do recebimento, pelo presidente da comissão, da portaria que instaurou, e concluído em sessenta dias, salvo prorrogação por prazo idêntico, concedida pelo Procurador-Geral, à vista de requerimento motivado.

§ 1º A não observância desses prazos não acarretará a nulidade do processo, importando, porém, quando não se tratar de sobrestamento, em responsabilidade administrativa de quem houver dado causa ao retardamento.

§ 2º O sobrestamento do processo disciplinar somente poderá ocorrer, a juízo do Procurador-Geral, em casos que impliquem na absoluta impossibilidade de seu prosseguimento.

Art. 117. Instaurado o processo, o presidente da comissão ordenará a citação do acusado, devendo constar, no respectivo mandado, em resumo, as irregularidades e apurar, o direito de constituir defensor e de, oportunamente, arrolar testemunhas e apresentar documentos, bem como dia, hora e local da audiência inicial, observado um intervalo mínimo de quarenta e oito horas entre a citação e a audiência.

§ 1º Achando-se o indiciado ausente do lugar em que é realizado o processo, a citação poderá ser feita por via postal em carta com aviso do recebimento, juntando-se ao processo o comprovante.

§ 2º Não sendo encontrado o indiciado ou ignorando-se o seu paradeiro, a citação se fará por edital, com prazo de dez dias, inserido uma vez, no Diário Oficial.

§ 3º O prazo referido no artigo anterior será contado da publicação no Diário Oficial, certificando, o secretário, no processo, a data da publicação e juntando um recorte aos autos.

§ 4º A citação pessoal, as intimações e notificações serão feitas pelo secretário da comissão mediante a apresentação, ao interessado, do instrumento correspondente, em duas vias, para que, retendo uma, passe recibo com data na outra.

§ 5º Caso o interessado se recuse a receber a citação, notificação ou intimação, deverá o encarregado da diligência certificar o ocorrido, mencionando as circunstâncias do fato e fazendo, se possível, com que seja testemunhado.

§ 6º O comparecimento de indiciado à audiência inicial suprirá a falta de citação ou a citação irregular.

Art. 118. O acusado, depois de citado, não poderá, sob pena de prosseguir o processo à revelia, mudar de residência ou dela ausentar-se por mais de dez dias, sem comunicar ao presidente da comissão onde poderá ser encontrado.

188 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Art. 119. Em caso de revelia, o processo prosseguirá com defensor designado pelo presidente da comissão.

Art. 120. O indiciado e o denunciado poderão, a critério do presidente da comissão, assistir pessoalmente os atos probatórios, requerendo o que julgarem conveniente à defesa ou à denúncia.

Art. 121. Para todas as provas e diligências do processo deverá ser intimado, com antecedência mínima de quarenta e oito horas, o acusado ou seu defensor e o denunciante, se o requerer.

Art. 122. O acusado, dentro do prazo de três dias após o interrogatório, poderá apresentar defesa prévia, requerer diligências, produzir prova documental e arrolar testemunhas, até o máximo de sete, as quais serão ouvidas no prazo de trinta dias.

Parágrafo único. O presidente da comissão poderá indeferir arguições ou diligências que visem apenas criar embaraços, prejudicar ou protelar o andamento do processo.

Art. 123. Sempre que possível, os depoimentos serão todos no mesmo dia, obedecendo-se à seguinte ordem: primeiro será ouvido o denunciante e o prejudicado, se houver; depois, o indiciado, seguindo-se as testemunhas apresentadas pelo denunciante, pela comissão e pelo indiciado.

1º Se a comissão julgar necessário ou o indiciado requerer, poderão ser ouvidas pessoas a quem as testemunhas se referirem, bem como realizada acareações.

§ 2º Em casos especiais, a comissão poderá promover reinquirições.

§ 3º Ressalvados os casos de proibição legal, serão testemunhas no processo disciplinar quaisquer pessoas, independentemente de idade, podendo recusar-se a depor parentes e afins em primeiro grau do acusado.

Art. 124. Não comparecendo as testemunhas da defesa e não sendo indicadas outras em substituição, no prazo de três dias, prosseguirá nos demais termos do processo.

Art. 125. Os servidores públicos arrolados como testemunhas terão seu comparecimento para depor solicitado ao respectivo chefe, e os militares serão requisitados ao comando a que estejam subordinados.

Parágrafo único. Se arrolados como testemunhas o Governador do Estado, os Secretários de Estado, os Magistrados, os Deputados, os Prefeitos ou pessoas indicadas no art. 221 do Código de Processo Penal, serão ouvidos no local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o presidente da comissão.

Art. 126. As testemunhas serão inquiridas através do presidente da comissão, que poderá indeferir perguntas impertinentes.

Art. 127. Poderá ser dispensado o depoimento de testemunhas se assim convierem o indiciado, a comissão e o denunciante.

Art. 128. Durante o processo poderá o presidente da comissão ordenar qualquer diligência que tenha sido requerida ou se lhe afigura necessária ou útil ao esclarecimento do fato, bem como ouvir outras testemunhas.

Art. 129. É permitido à comissão tomar conhecimento de argüições novas que surgirem contra o indiciado, caso em que este será delas citado, sendo-lhe permitido produzir outras provas em sua defesa.

Art. 130. Havendo necessidade do concurso de técnicos ou peritos, o presidente da comissão poderá requisitá-los a quem de direito, inclusive a órgãos policiais, se assim julgar conveniente.

§ 1º O indiciado poderá indicar perito para, às suas expensas, acompanhar a perícia e apresentar laudo.

§ 2º Os órgãos estaduais, sob pena de responsabilidade direta de seus titulares, atenderão com a máxima presteza às solicitações da comissão, devendo justificar a impossibilidade de atendimento quando ocorrer.

Art. 131. A prova pericial consistirá em exame, vistoria e avaliação.

§ 1º A comissão negará a perícia:

I - quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos ou peritos;

II - quando for dispensável à vista de outras provas produzidas;

III - quando a verificação for impraticável em razão da natureza transitória do fato;

IV - quando a medida tiver caráter evidentemente protelatório;

§ 2º Poderá o presidente da comissão:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os que entender necessários ao esclarecimento do fato.

Art. 132. O presidente da comissão fixará por despacho:

I - dia, lugar e hora que terá início a diligência;

II - prazo para a entrega do laudo.

Art. 133. Para a realização dos exames, o perito procederá livremente, podendo ouvir testemunhas e recorrer a outras fontes de informações.

Parágrafo único. O perito responderá os quesitos em laudo fundamentado, no qual mencionará tudo o que ocorrer na diligência.

Art. 134. Se o perito, por motivo justificado, não puder concluir o laudo no prazo marcado, o presidente da comissão poderá conceder-lhe uma prorrogação de igual duração.

Art. 135. A comissão não estará adstrita ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados no processo.

Art. 136. Na formação material do processo serão observadas a seguintes normas gerais:

I - todos os termos, lavrados pelo secretário, terão forma processual tão resumida quanto possível;

II - toda juntada será feita tendo em vista a ordem cronológica da apresentação de documentos, mediante despacho do presidente da comissão;

III - cópia da ficha funcional do indiciado deverá integrar o processo;

190 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

IV - juntar-se-á, também após o competente despacho do presidente, o mandato que, revestido das formalidades legais, permitirá a intervenção de procurador do indiciado.

Art. 137. Encerrada a instrução, o acusado, por seu defensor, terá vista dos autos, na forma da lei, pelo prazo de dez dias, para apresentar alegações finais.

Parágrafo único. Havendo dois ou mais indiciados, o prazo será comum e de vinte dias.

Art. 138. Findo o prazo do artigo anterior, a comissão apresentará o seu relatório no prazo de dez dias.

Parágrafo único. No relatório, a comissão apreciará as irregularidades e as faltas funcionais imputadas ao indiciado, as provas colhidas, as razões da defesa, as disposições legais que entenda transgredidas, propondo a absolvição ou a punição, e, neste caso, a pena a ser aplicada.

Art. 139. Apresentado o relatório, a comissão automaticamente se dissolverá, recompondo-se independentemente de qualquer formalidade se o Procurador-Geral a convocar para quaisquer esclarecimentos ou diligências complementares.

Art. 140. Quando ao indiciado se imputar crime contra a administração pública, o Procurador-Geral, ao determinar a instauração de processo disciplinar, comunicará o fato à autoridade competente para instaurar o inquérito policial.

Art. 141. A absolvição no processo-crime a que for submetido o acusado não determinará, necessariamente, a sua permanência ou retorno ao serviço público, se, em processo administrativo-disciplinar regular, tiver sido ou vier a ser demitido.

Art. 142. Na sindicância e no processo disciplinar poderá ser argüida suspeição, inclusive dos peritos, ou nulidade, durante ou após a instrução, devendo a argüição fundamentar-se em texto legal, sob pena de ser dada como insubsistente.

Art. 143. Acarretarão a nulidade do processo:

I - instauração por autoridade incompetente;

II - falta de citação, notificação ou intimação na forma determinada nesta Lei Complementar;

III - restrições à defesa do indiciado;

IV - recusa injustificada de promover a realização de perícias ou outras diligências necessárias ao esclarecimento do processo;

V - acréscimos ao processo, depois de elaborado o relatório da comissão sem nova vista ao indiciado;

VI - rasuras e emendas não ressalvadas em parte substancial do processo.

Parágrafo único. Não se consideram acréscimos ao processo, para o efeito do item V, o pronunciamento do Conselho Superior, que deverá preceder a decisão governamental sobre demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade, nem o respectivo encaminhamento ao chefe do Poder Executivo.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **191**

Art. 144. As irregularidades processuais que não constituírem vícios substanciais suscetíveis de influir na apuração da verdade ou na decisão do processo disciplinar ou sindicância, não determinarão a sua nulidade.

Seção VI

Processo Disciplinar por Abandono de Cargo

Art. 145. Quando o Procurador do Estado faltar ao serviço mais de trinta dias consecutivos ou sessenta intercaladamente durante um ano, o chefe imediato encaminhará, ao Procurador-Geral, comunicação a respeito, com relatório de verificação sumária previamente realizada.

Art. 146. O Procurador-Geral, apreciando o relatório de que trata o artigo anterior, proporá:

I - as medidas cabíveis ou encerramento do processo, se ficar provada a existência de força maior, coação ilegal ou circunstância ligada ao estado físico ou psíquico que contribua para não se caracterizar o abandono do cargo, ou que possa determinar a justificação das faltas;

II - a instauração de processo disciplinar, se o Procurador do Estado for estável ou inexistirem provas das situações mencionadas no inciso anterior, ou, existindo, forem julgadas insatisfatórias.

Art. 147. Mesmo ultrapassando trinta faltas consecutivas, o Procurador do Estado terá o direito de reassumir o exercício do seu cargo, nele aguardando decisão final do processo, salvo se estiver com prisão ou suspensão Preventiva decretada.

Art. 148. Instaurado processo mediante citação realizada na forma do artigo 117, o feito seguirá o rito estabelecido no artigo 118 e seguintes, caso o indiciado contestar o fato do abandono ou procurar justificá-lo.

Parágrafo único. No caso de revelia, o processo prosseguirá com defensor nomeado. Se a citação houver sido pessoal, limitar-se-á a três o número de testemunhas da defesa e se reduzirão à metade os prazos do processo, exceto o estabelecido no artigo 122, primeira parte.

Art. 149. Se o indiciado em abandono de cargo apresentar pedido de exoneração, será encerrado o processo, a juízo do Procurador-Geral, desde que o abandono não envolva ilícito penal.

Seção VII

Suspensão Preventiva

Art. 150. A pedido do presidente da comissão ou de ofício, poderá o Corregedor ordenar, em despacho motivado, a suspensão preventiva do indiciado até trinta dias, prorrogáveis por mais trinta, desde que a sua permanência em exercício seja reputada inconveniente.

192 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Art. 151. O Procurador do Estado que houver sido suspenso preventivamente terá direito:

I - à contagem do tempo de serviço, relativo ao período em que tenha estado suspenso quando do processo não houver resultado pena disciplinar, ou esta se limitar à advertência ou censura;

II - à contagem, como tempo de exercício, do período de afastamento que exceder o prazo de suspensão disciplinar aplicada;

III - à percepção dos vencimentos e vantagens, como se em exercício estivesse, sem prejuízo do parágrafo único do presente artigo.

Parágrafo único. Se o Procurador do Estado, suspenso previamente, vier a ser punido com suspensão, computar-se-á o tempo de suspensão preventiva para integrar o da pena, procedendo-se aos respectivos descontos no tempo de serviço, vencimentos e vantagens.

Seção VIII

Recursos

Art. 152. Ao Procurador do Estado é assegurado, no prazo de quinze dias da intimação ou publicação, o direito de:

I - pedir reconsideração da pena aplicada pelo Governador;

II - recorrer, ao Governador, da pena aplicada pelo Procurador-Geral do Estado e, a este, se aplicada pelo Procurador-Geral Adjunto, Corregedor-Geral, Procuradores-Corregedores, Coordenadores ou titulares de funções equivalentes.

Parágrafo único. O recurso, na hipótese do item II deste artigo, terá efeito suspensivo.

CAPÍTULO IV

Revisão

Art. 153. A qualquer tempo poderá ser requerida a revisão do processo disciplinar, de que haja resultado a imposição de penas, desde que:

I - a decisão tenha sido contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos;

II - a decisão se tenha fundamentado em depoimentos exames ou documentos falsos ou viciados;

III - se tenham descoberto, após a decisão, provas da inocência do indiciado ou de circunstâncias que autorizariam a diminuição da pena imposta.

§ 1º Serão indeferidos liminarmente os pedidos que não se fundarem nos casos enumerados neste artigo, bem como os que tiverem por base simples alegação de injustiça da penalidade.

§ 2º Tratando-se de Procurador falecido, desaparecido ou incapacitado de requerer, a revisão poderá ser solicitada pelo cônjuge, descendente, ascendente ou irmão, ou pessoa a eles equiparada pela legislação previdenciária estadual.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002 - **193**

Art. 154. O pedido de revisão, devidamente instruído, inclusive com o rol das testemunhas, será dirigido à autoridade que impôs a pena, a quem caberá decidir.

§ 1º Se indeferido, caberá recurso ou reconsideração.

§ 2º Se deferido, será ele apensado ao processo original, e encaminhado ao Procurador-Geral para constituir a respectiva comissão de revisão, que, no prazo improrrogável de noventa dias, apresentará relatório à autoridade que impôs a pena.

Art. 155. Da revisão não pode resultar o agravamento da pena.

CAPÍTULO V

Cancelamento de Notas

Art. 156. As anotações registradas nos assentamentos funcionais do Procurador do Estado e relativas às penas de censura e suspensão poderão ser canceladas, por Resolução do Conselho Superior da Procuradoria-Geral do Estado, se o requerente não tiver sofrido nova punição, observados os seguintes prazos:

I - um ano, no caso de censura;

II - dois anos, em caso de suspensão.

§ 1º O termo inicial dos prazos a que se refere este artigo, recairá no dia imediato ao do cumprimento da pena.

§ 2º O cancelamento das anotações relativas à pena de suspensão não implicará no pagamento de vencimentos ou vantagens, nem no cômputo do tempo de serviço correspondentes ao período de cumprimento da pena.

TÍTULO VI

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 157. O cônjuge do Procurador do Estado, quando servidor estadual, será removido ou designado, se o requerer, para a sede do município ou da região onde este tiver exercício, sem prejuízo de quaisquer direitos ou vantagens.

§ 1º Não havendo vaga nos quadros da respectiva repartição, será o cônjuge posto à disposição de outro serviço público estadual.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica ao cônjuge de Procurador do Estado que for Magistrado ou membro do Ministério Público.

Art. 158. As disposições desta Lei Complementar não incluem a aplicação, aos Procuradores do Estado, das prescrições da Lei Estadual nº 7.057, de 30 de dezembro de 1976.

Art. 159. Os proventos dos servidores aposentados em cargos de Consultor Jurídico e de Advogado de Ofício serão sempre revistos tendo como referência os cargos de Procurador do Estado da classe correspondente.

194 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 157-195, 2002

Art. 160. Fica acrescida à enumeração constante do artigo 1º da Lei Estadual n. 7.344, de 31 de dezembro de 1979, logo após à locução “Procurador da Justiça” o complemento “e Procurador do Estado, classe E”.

Art. 161. Para efeito de fixação dos subsídios de que tratam os artigos 135 e 39, § 4º, da Constituição Federal, com a observância da irredutibilidade, serão tomados como base os vencimentos dos cargos de Procurador do Estado na data da promulgação da Emenda Constitucional Federal nº 19, os quais serão devidamente recompostos segundo os mesmos critérios e índices a partir de então adotados nas revisões da remuneração das demais carreiras jurídicas com funções essenciais à Justiça.

Art. 162. Nos casos em que esta Lei Complementar for omissa, aplicar-se-á, no que couber, a legislação concernente à Magistratura estadual e, na falta desta, o Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado.

Art. 162. Revogadas as disposições em contrário, esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação.



LEI COMPLEMENTAR Nº 11.742, DE 17 DE JANEIRO DE 2002¹

Dispõe sobre a Lei Orgânica da Advocacia de Estado, organiza a Procuradoria-Geral do Estado, disciplina o regime jurídico dos cargos da carreira de Procurador do Estado e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no artigo 82, inciso IV, da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa aprovou e eu sanciono e promulgo a Lei seguinte:

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º - A Advocacia de Estado, instituição permanente vinculada à tutela do interesse público no Estado Democrático de Direito, como função essencial à justiça e ao regime de legalidade da administração pública, organizada sob a forma de sistema, obedecerá ao regime jurídico especial estabelecido por esta Lei Complementar.

Parágrafo único - A Procuradoria-Geral do Estado é o órgão de coordenação central do Sistema de Advocacia de Estado, vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante de seu Gabinete, ressalvadas a independência e autonomia dos Poderes, legitimados a comparecer em juízo em nome próprio, competindo à Procuradoria da Assembléia Legislativa a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Legislativo.

Art. 2º - São funções institucionais da Advocacia de Estado:

I - exercer a representação judicial do Estado, de suas autarquias e fundações de direito público;

II - prestar consultoria jurídica à administração pública estadual direta e indireta;

III - zelar pelo cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil e da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, bem como pelos preceitos fundamentais delas decorrentes;

IV - zelar pela constitucionalidade dos atos de governo e pela observância dos princípios inerentes à administração pública;

V - patrocinar as ações de inconstitucionalidade e as arguições de descumprimento de preceito fundamental propostas pelo Governador do Estado e acompanhar todas aquelas que envolvam interesse do Estado do Rio Grande do Sul;

¹ Texto retificado (DOE., 14.3.2002).

VI - promover ações civis públicas para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, das finanças públicas, do consumidor e de outros interesses difusos e coletivos, e ações de improbidade administrativa, ou a habilitação do Estado, de suas autarquias e fundações de direito público como litisconsorte de qualquer das partes nessas ações;

VII - desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos;

VIII - estabelecer princípios e diretrizes para o funcionamento do Sistema de Advocacia de Estado;

IX - promover a unificação da jurisprudência administrativa do Estado;

X - propor orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual direta e indireta;

XI - proporcionar os meios institucionais e jurídicos necessários à integração dos povos da América Latina, em cooperação com a União, os demais Estados da Federação, o Distrito Federal e os Municípios;

XII - contribuir para o aperfeiçoamento das instituições jurídicas nacionais e estaduais, bem como dos serviços públicos estaduais e municipais;

XIII - zelar pela probidade administrativa e exercer função correicional no âmbito da administração pública estadual direta e indireta, respeitadas as competências das Corregedorias já constituídas;

XIV - realizar processos administrativo-disciplinares, nos casos previstos em lei, no âmbito da administração pública estadual, emitindo parecer nos que devam ser encaminhados à decisão final do Governador do Estado;

XV - prestar assistência jurídica aos Municípios, a título complementar ou supletivo;

XVI - representar os interesses da administração pública estadual perante os Tribunais de Contas do Estado e da União e Tribunais Internacionais;

XVII - exercer a representação em juízo nos processos a cargo da Procuradoria-Geral do Estado em fase de liquidação e execução de sentença, bem como nos precatórios junto aos Tribunais;

XVIII - reger o procedimento administrativo de indenização extrajudicial em face de danos decorrentes de atos da administração pública estadual, na forma da lei;

XIX - promover procedimento de controle da legalidade;

XX - exercer outras funções compatíveis com sua natureza e finalidade institucionais que lhe forem conferidas por lei.

§ 1º - As funções relacionadas nos incisos I, II, V, VIII, IX, X, XIV, XVII, XVIII do *caput* são de competência exclusiva da Procuradoria-Geral do Estado.

§ 2º - O exercício da representação judicial de entidades da administração indireta não previstas no inciso I do *caput*, quando convier ao interesse públi-

198 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

co, será implementado mediante ato do Procurador-Geral do Estado, ouvido o Conselho Superior.

§ 3º - Na hipótese de eventual pretensão resistida, os legitimados para demandar em juízo no âmbito da administração pública estadual, em face de ato do Poder Executivo, poderão solicitar ao Procurador-Geral do Estado a designação de Procurador do Estado que indicarem para patrocinar os atos necessários à defesa dos interesses do solicitante.

Art. 3º - As atribuições institucionais da Advocacia de Estado são de competência privativa dos Procuradores do Estado, organizados em carreira e regidos na forma desta Lei Complementar.

Art. 4º - O Sistema de Advocacia de Estado é integrado pelos seguintes órgãos:

I - Procuradoria-Geral do Estado, como órgão de coordenação central com funções de orientação normativa e gestão da atividade sistematizada, podendo, no exercício de tais funções, emitir resoluções, instruções e outros atos e pronunciamentos em matéria da sua competência;

II - Coordenação das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta, como órgão de integração, vinculado ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, com funções de articulação e de apoio técnico aos órgãos do Sistema, bem como de supervisão e controle da prestação dos serviços jurídicos desses órgãos, sob a responsabilidade de Procurador do Estado;

III - agentes setoriais, incumbidos da coordenação dos serviços de natureza jurídica nos órgãos integrantes do Sistema, os quais serão designados pelo Procurador-Geral do Estado dentre Procuradores do Estado, ouvidos os dirigentes máximos dos respectivos órgãos;

IV - unidades que, como órgãos operacionais integrados às estruturas da administração direta e indireta e sob coordenação dos agentes setoriais, executam as atividades de assessoramento jurídico.

Parágrafo único - Em circunstâncias especiais, a juízo do Procurador-Geral do Estado, ouvido o Conselho Superior, a designação de agente setorial de que trata o inciso III poderá recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado.

Art. 5º - A estrutura básica da Procuradoria-Geral do Estado, organizada com observância dos princípios da unidade e da indivisibilidade, estabelece os vínculos de relação administrativa e de coordenação técnica e profissional a que estão submetidos os Procuradores do Estado.

Art. 6º - O pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado será organizado em carreira, com quadro próprio, sujeito ao regime estatutário e recrutado exclusivamente por concurso público de provas ou de provas e títulos.

Art. 7º - As autarquias estaduais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais pessoas jurídicas com participação do Estado, assim como

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **199**

suas respectivas subsidiárias, as fundações de direito público e as demais fundações instituídas ou mantidas pelo Estado e, ainda, as concessionárias e permissionárias do serviço público estadual ficam adstritas à observância da jurisprudência administrativa do Estado, no que couber.

Art. 8º - A Procuradoria-Geral do Estado, atendendo a razões de conveniência e de interesse público, devidamente motivadas, poderá promover a contratação de serviços jurídicos a serem prestados por advogados não integrantes dos quadros do serviço público estadual às entidades da administração indireta de direito privado, observados os procedimentos licitatórios próprios.

Art. 9º - A Procuradoria-Geral do Estado, dotada de autonomia administrativa e funcional, elaborará sua proposta orçamentária e a encaminhará ao Governador do Estado.²

Art. 10 - A Procuradoria-Geral do Estado será chefiada pelo Procurador-Geral do Estado, com prerrogativas de Secretário de Estado, e o cargo será provido em comissão pelo Governador do Estado, devendo a escolha recair em integrante da carreira.

TÍTULO II DA ORGANIZAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

CAPÍTULO I DA ESTRUTURA ORGÂNICA

Art. 11 - Compõem a estrutura da Procuradoria-Geral do Estado:

I - órgãos de direção superior:

- a) Gabinete;
- b) Conselho Superior;
- c) Corregedoria-Geral.

II - órgãos de execução com funções especializadas em razão da matéria;

III - órgãos de execução com funções de coordenação e integração;

IV - órgão de execução com funções de pesquisa e documentação;

V - órgãos de execução regional;

VI - órgão de execução junto aos Tribunais Superiores;

VII - órgão central de apoio administrativo;

VIII - órgãos de execução direta: os Procuradores do Estado.

§ 1º - As funções de chefia, assessoramento e direção próprias da Procuradoria-Geral do Estado serão providas por ato do Procurador-Geral do Estado.

² Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

§ 2º - A escolha de titulares para as funções de Coordenador de Procuradoria, de Coordenador Adjunto de Procuradoria, de Dirigente de Equipe, de Coordenador das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta e para atividades de assessoramento direto ao Gabinete com atribuição específica em assuntos técnico-jurídicos, recairá em Procurador do Estado integrante das 3 (três) últimas classes da carreira, ressalvadas as funções de Coordenação cumpridas no interior do Estado, que poderão ser exercidas por integrantes da classe inicial.

§ 3º - O órgão de execução ao qual competir a consultoria jurídica do Estado em matéria administrativo-disciplinar e a realização dos processos administrativo-disciplinares instaurados para apuração de responsabilidade dos servidores da administração pública estadual será instância ordinária necessária, observadas as competências do Conselho Superior, do Procurador-Geral do Estado e do Governador do Estado.

§ 4º - A regulamentação da estrutura orgânica da Procuradoria-Geral do Estado será estabelecida por decreto do Governador do Estado, observado o disposto nesta Lei.

§ 5º - Os órgãos de execução especificados nos incisos II, III, IV, V e VI e o órgão central de apoio administrativo poderão compor-se de equipes ou seções, mediante ato do Procurador-Geral do Estado.

CAPÍTULO II DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete:

I - dirigir a Procuradoria-Geral do Estado, coordenar suas atividades e orientar a sua atuação;³

II - receber a citação inicial nas ações ajuizadas contra o Estado do Rio Grande do Sul e contra as entidades integrantes da administração indireta representadas pela Procuradoria-Geral do Estado, sem prejuízo da citação dos representantes legais de tais entidades;

III - reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a Procuradoria-Geral do Estado esteja no exercício da representação judicial;

IV - propor ao Governador do Estado o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos federais, estaduais ou municipais e de arguição de descumprimento de preceito fundamental;

V - defender, perante o Tribunal de Justiça do Estado, norma legal ou ato normativo impugnado por inconstitucionalidade, em tese;

³ Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

VI - prestar assessoramento direto ao Governador do Estado em assuntos de natureza jurídica;

VII - emitir parecer sobre questões de direito submetidas ao seu exame pelo Governador ou pelo Vice-Governador do Estado;

VIII - propor ao Governador do Estado a declaração de nulidade ou a revogação de atos da administração pública estadual;

IX - propor súmulas de jurisprudência administrativa para conferir uniformidade à orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual sempre que provocado pelo Conselho Superior;

X - levar ao Governador do Estado, observados os parâmetros constitucionais e os estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, a proposta orçamentária da Procuradoria-Geral do Estado;⁴

XI - apresentar ao Governador do Estado os projetos de lei de criação e extinção dos cargos da carreira de Procurador do Estado e do quadro de pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado e de fixação e reajuste das respectivas remunerações;

XII - determinar, autorizado pelo Governador do Estado, a realização de concursos para provimento de cargos de Procurador do Estado e do quadro de pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado, bem como homologar os respectivos resultados;

XIII - promover e determinar a lotação, a remoção e a designação dos Procuradores do Estado, inclusive designação para o exercício de funções fora do Sistema de Advocacia de Estado, observadas as disposições desta Lei e as demais normas legais e regulamentares;

XIV - aplicar penalidades disciplinares aos integrantes da carreira de Procurador do Estado, na forma da lei;

XV - aplicar penalidades disciplinares aos integrantes do quadro de pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado, na forma da lei;

XVI - lotar e designar servidores do quadro de pessoal dos serviços auxiliares da Procuradoria-Geral do Estado, respeitadas as peculiaridades dos respectivos cargos;

XVII - exercer a chefia do Sistema de Advocacia de Estado;

XVIII - presidir o Conselho Superior;

XIX - expedir atos normativos aos órgãos de execução, quando necessário à atuação uniforme da Procuradoria-Geral do Estado;

XX - trazer a si o exame de qualquer assunto sob análise da Procuradoria-Geral do Estado, ressalvadas as competências do Conselho Superior e da Corregedoria-Geral;

XXI - instituir o Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado;

⁴ Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

XXII - presidir a Junta de Administração do Fundo de Reaparelhamento da Procuradoria-Geral do Estado, incumbindo-lhe, ainda, disciplinar o seu funcionamento, a execução e a aplicação dos recursos a ele vinculados;⁵

XXIII - estabelecer, ouvidos os Coordenadores de Procuradoria, as escalas de substituições que deverão ser cumpridas pelos Procuradores do Estado;

XXIV - propor ao Governador do Estado, ouvido previamente o Conselho Superior, a definição da estrutura básica da Procuradoria-Geral do Estado, bem como suas alterações;

XXV - exercer a representação extrajudicial do Estado do Rio Grande do Sul sempre que designado pelo Governador do Estado, mediante ato próprio.

Parágrafo único - São indelegáveis as funções definidas nos incisos I, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XVII, XX, XXI, XXII, XXIV e XXV.

CAPÍTULO III DO GABINETE

Art. 13 - O Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado, órgão auxiliar do Procurador-Geral do Estado no exercício de suas funções, será integrado pelos Procuradores-Gerais Adjuntos para Assuntos Jurídicos, para Assuntos Administrativos e para Assuntos Institucionais, pela Coordenação das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta, pela Coordenação do Gabinete e pelas Assessorias Jurídica e Legislativa, Administrativa, de Comunicação Social e de Informática.

Parágrafo único - Integrará o Gabinete, também, Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos, com o objetivo de orientar a atuação institucional nesta área, composta por Procuradores do Estado representantes dos órgãos de execução com funções especializadas em razão da matéria, de coordenação e integração e de pesquisa e documentação.

SEÇÃO I DOS PROCURADORES-GERAIS ADJUNTOS

Art. 14 - Os Procuradores-Gerais Adjuntos para Assuntos Jurídicos, para Assuntos Administrativos e para Assuntos Institucionais serão escolhidos pelo Procurador-Geral do Estado, dentre integrantes da carreira.

Parágrafo único - A substituição do Procurador-Geral do Estado, nos seus impedimentos e ausências eventuais ou, em caso de vacância do cargo, até a

⁵ Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

nomeação do novo titular, será exercida pelos Procuradores-Gerais Adjuntos, observada a ordem estabelecida em ato próprio daquele.

Art. 15 - Ao Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos compete:

I - coordenar os serviços da Assessoria Jurídica e Legislativa do Gabinete;

II - auxiliar o Procurador-Geral do Estado no desempenho de suas funções jurídicas;

III - integrar, como membro permanente, o Conselho Superior;

IV - realizar a distribuição dos expedientes de conteúdo jurídico entre os diversos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado;

V - propor ao Procurador-Geral do Estado o exame pelo Conselho Superior de expedientes de conteúdo jurídico;

VI - exercer outras atribuições que lhe sejam conferidas ou delegadas.

Art. 16 - Ao Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Administrativos compete:

I - auxiliar o Procurador-Geral do Estado no desempenho de suas funções administrativas;

II - executar a política administrativa da Procuradoria-Geral do Estado;⁶

III - coordenar a elaboração da proposta orçamentária da Procuradoria-Geral do Estado;⁷

IV - supervisionar as atividades administrativas que envolvam os integrantes da carreira de Procurador do Estado;⁸

V - coordenar a elaboração do Plano Anual de Atividades;⁹

VI - realizar a distribuição dos expedientes de conteúdo administrativo entre os diversos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado;

VII - exercer outras atribuições que lhe sejam conferidas ou delegadas.

Art. 17 - Ao Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais compete:

I - prestar assistência aos órgãos de execução da Procuradoria-Geral do Estado no planejamento e execução de suas atividades de natureza funcional, ressalvadas as atribuições da Corregedoria-Geral;

II - auxiliar o Procurador-Geral do Estado na promoção da integração dos órgãos de execução da Procuradoria-Geral do Estado, visando a estabelecer a ação institucional, inclusive na relação com outras instituições;

III - propor a elaboração de anteprojetos de lei, bem como outros atos normativos, sobre matéria de interesse da Procuradoria-Geral do Estado, acompanhando sua tramitação;

IV - elaborar o relatório anual das atividades da Procuradoria-Geral do Estado;

6 Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

7 Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

8 Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

9 Regulamentado pelo Decreto 41.537, de 16.4.2002.

V - exercer outras atribuições que lhe forem conferidas ou delegadas.
Parágrafo único - Para a execução da atribuição de que trata o inciso II, o Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Institucionais viabilizará a manifestação prévia de todos os Procuradores do Estado interessados, levando o resultado ao Procurador-Geral do Estado.

SEÇÃO II DA COORDENAÇÃO DAS ASSESSORIAS JURÍDICAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA

Art. 18 - À Coordenação das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta compete:

- I - coordenar a articulação e o apoio técnico aos órgãos do Sistema de Advocacia de Estado;
- II - supervisionar e controlar a prestação dos serviços jurídicos dos órgãos integrantes do Sistema;
- III - exercer outras atividades que lhe forem conferidas.

SEÇÃO III DA COORDENAÇÃO DO GABINETE

Art. 19 - À Coordenação de Gabinete compete:

- I - acompanhar o andamento de todas as matérias e demandas administrativas e judiciais no âmbito do Gabinete;
- II - exercer a chefia mediata dos servidores administrativos lotados no Gabinete;
- III - centralizar e garantir a divulgação de todas as informações relevantes entre os órgãos do Gabinete;
- IV - colaborar, no âmbito de suas atribuições, com o Coordenador das Assessorias Jurídicas da Administração Pública Direta e Indireta;
- V - exercer outras atividades que lhe forem conferidas.

SEÇÃO IV DAS ASSESSORIAS DO GABINETE

Art. 20 - À Assessoria Jurídica e Legislativa do Gabinete compete:

- I - elaborar anteprojetos de lei e outros atos normativos, visando ao aprimoramento do ordenamento jurídico da administração estadual;
- II - fornecer elementos para elaboração de mensagens e vetos governamentais, quando solicitado;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **205**

III - prestar assessoramento jurídico e legislativo direto ao Procurador-Geral do Estado, inclusive a elaboração de pareceres, quando for o caso;

IV - executar estudos, programas e projetos destinados ao aperfeiçoamento institucional do Estado;

V - representar em juízo os interesses defendidos pela Procuradoria-Geral do Estado nas ações que lhe forem distribuídas pelo Procurador-Geral do Estado;

VI - exercer outras atividades que lhe forem conferidas.

Art. 21 - À Assessoria Administrativa compete prestar assessoramento direto ao Procurador-Geral do Estado e aos Procuradores-Gerais Adjuntos em matéria técnico-administrativa e outras atividades que não envolvam conteúdo estritamente jurídico.

Art. 22 - À Assessoria de Comunicação Social compete:

I - a execução da política de comunicação social e de divulgação institucional da Procuradoria-Geral do Estado, assessorando o Procurador-Geral do Estado e os demais Procuradores do Estado nas suas relações públicas e, em especial, com os veículos de comunicação social;

II - a programação e a coordenação da realização das solenidades oficiais e eventos vinculados ao Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado;

III - exercer outras atividades que lhe forem conferidas.

Art. 23 - À Assessoria de Informática compete:

I - a execução da política de informática e tecnologia da informação da Procuradoria-Geral do Estado;

II - zelar pela manutenção, segurança, sigilo e integridade dos sistemas eletrônicos de dados da Procuradoria-Geral do Estado, bem como daqueles disponibilizados pelos demais órgãos do Estado;

III - prestar assessoria e suporte técnico na área de informática e tecnologia da informação;

IV - exercer outras atividades que lhe forem conferidas.

CAPÍTULO IV DO CONSELHO SUPERIOR

Art. 24 - Ao Conselho Superior, presidido pelo Procurador-Geral do Estado, e integrado pelo Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos, pelo Corregedor-Geral e, ainda, por mais 15 (quinze) Procuradores do Estado, de todas as classes da carreira, nomeados pelo Governador do Estado, sendo 6 (seis) mediante indicação do Procurador-Geral do Estado e 9 (nove) mediante indicação dos Procuradores do Estado em atividade, compete:

I - designar a comissão de avaliação especial de desempenho de estágio probatório dos integrantes da carreira de Procurador do Estado, que contará com representação obrigatória da Corregedoria-Geral, emitindo juízo de mérito administrativo acerca da conveniência de confirmação na carreira;

206 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

II - elaborar as listas tríplexes dos Procuradores do Estado concorrentes à promoção por merecimento, bem como organizar as listas de antigüidade dos Procuradores do Estado, processando e julgando os recursos quanto à classificação;

III - propor ao Procurador-Geral do Estado a elaboração ou reexame de súmulas para a uniformização da jurisprudência administrativa do Estado;

IV - deliberar sobre o exercício, pela Procuradoria-Geral do Estado, da representação judicial de entidades da administração indireta na hipótese do § 2º do artigo 2º;

V - pronunciar-se nos processos administrativo-disciplinares em que Procurador do Estado figure como indiciado, após o relatório e antes do julgamento;

VI - pronunciar-se a respeito da conveniência do exercício de Procurador do Estado em funções fora do Sistema de Advocacia de Estado;

VII - pronunciar-se a respeito da concessão de licença para qualificação profissional, nos termos da regulamentação própria;

VIII - revisar seus pronunciamentos e também pronunciamentos de órgão da Procuradoria-Geral do Estado, estes em matéria considerada relevante pelo Procurador-Geral do Estado, inclusive propondo parecer normativo, se for o caso;

IX - revisar pronunciamentos divergentes sobre a mesma matéria, com a finalidade de assegurar a unicidade na orientação jurídica da Procuradoria-Geral do Estado;

X - propor, independentemente da iniciativa de outras autoridades, a instauração de sindicâncias e processos administrativo-disciplinares para a apuração de irregularidades que envolvam integrantes da carreira de Procurador do Estado;

XI - pronunciar-se acerca da conveniência de designação de advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado para exercer a coordenação dos serviços de natureza jurídica nos órgãos integrantes do Sistema de Advocacia de Estado;

XII - deliberar sobre o arquivamento de representações alusivas à prática de irregularidades formuladas em procedimento de controle da legalidade;

XIII - examinar matérias de interesse do Estado, da Procuradoria-Geral do Estado ou concernentes à carreira de Procurador do Estado, propondo as medidas necessárias à defesa do interesse público;

XIV - pronunciar-se sobre as alterações da estrutura da Procuradoria-Geral do Estado, inclusive distribuição de competências;

XV - pronunciar-se acerca da relotação de cargo de Procurador do Estado provido;

XVI - pronunciar-se sobre a designação de Procurador do Estado para ter exercício em órgão diverso daquele de sua lotação;

XVII - pronunciar-se acerca da remoção *ex-officio* de Procurador do Estado;

XVIII - promover desagravo de Procurador do Estado;

XIX - elaborar seu regimento.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **207**

§ 1º - O mandato dos membros do Conselho Superior é de 3 (três) anos, admitida uma recondução para mandato subsequente.

§ 2º - Para deliberar e apreciar as matérias de sua competência, o Conselho Superior não poderá prescindir da presença da maioria absoluta de seus membros, sendo as decisões adotadas pela maioria simples dos presentes, ressalvadas aquelas de inclusão de Procurador do Estado em lista para promoção por merecimento, que dependerão da maioria absoluta de seus membros, admitida a inclusão, por decisão da maioria simples, se após a realização de 3 (três) escrutínios consecutivos o candidato não tiver alcançado aprovação da maioria absoluta.

§ 3º - A cada ano, será renovado 1/3 (um terço) dos mandatos do Conselho Superior, os quais sempre se encerrarão a 30 de junho, ainda que haja ocorrido retardamento na nomeação ou na posse.

§ 4º - O Procurador do Estado nomeado para a vaga de Conselheiro que não terminou o mandato apenas o completará.

§ 5º - Os Procuradores do Estado indicados pelos membros da carreira serão escolhidos mediante escrutínio secreto, encaminhando-se à nomeação pelo Governador do Estado o candidato que obtiver o maior número de votos.

§ 6º - O Conselheiro que se ausentar, injustificadamente, por três sessões ordinárias do Conselho Superior, perderá o mandato, sendo a vaga preenchida pelo mesmo critério antes utilizado para a escolha.

§ 7º - O exercício de mandato no Conselho Superior fica condicionado à conclusão do estágio probatório e ao atendimento das demais condições de elegibilidade fixadas em regulamento.

§ 8º - O processo eleitoral será disciplinado mediante ato do Procurador-Geral do Estado.

§ 9º - O Procurador do Estado que tiver se pronunciado em assunto submetido ao Conselho Superior, será informado da sessão em que o respectivo processo entrar em pauta, para nela ter assento e voz.

§ 10 - Os Procuradores-Gerais Adjuntos para Assuntos Institucionais e para Assuntos Administrativos terão sempre assento e voz nas sessões do Conselho Superior.

CAPÍTULO V DA CORREGEDORIA-GERAL

Art. 25 - À Corregedoria-Geral, incumbida da inspeção, orientação e disciplina das atividades dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado, compete:

I - fiscalizar as atividades funcionais e a conduta dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado, por meio de monitoramentos, inspeções e correições;

II - propor ao Procurador-Geral do Estado as medidas necessárias ou recomendáveis para a correção, a racionalização e a eficiência dos serviços e o aperfeiçoamento institucional;

208 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

III - instaurar, de ofício ou mediante provocação do Procurador-Geral do Estado ou, ainda, por representação de terceiros, sindicâncias para a apuração de fatos que envolvam integrantes da carreira de Procurador do Estado;

IV - efetuar o preparo dos processos administrativo-disciplinares e sindicâncias, em que sejam indiciados ou sindicados integrantes da carreira de Procurador do Estado;

V - coordenar e acompanhar o estágio probatório dos integrantes da carreira de Procurador do Estado;

VI - avaliar e levar à consideração do Conselho Superior os elementos coligidos sobre:

a) o estágio probatório dos integrantes da carreira de Procurador do Estado;

b) a atuação dos Procuradores do Estado concorrentes à promoção por merecimento.

VII - opinar, previamente, em todos os procedimentos tendentes a eventuais modificações no quadro de Procuradores do Estado;

VIII - expedir, após aprovação do Procurador-Geral do Estado, provimentos em assuntos de organização, controles e procedimentos administrativos da Procuradoria-Geral do Estado, visando a sua simplificação e seu aprimoramento;

IX - propor ao Procurador-Geral do Estado medidas regulamentares e administrativas que visem a corrigir falhas e deficiências na organização do serviço;

X - convocar e realizar reuniões com os Procuradores do Estado para tratar de assuntos relacionados com sua atuação funcional, exarando orientação, quando for caso;

XI - requisitar processos administrativos, documentos oficiais e informações, ainda que estes sejam de teor confidencial ou reservado, traslados, certidões, pareceres, laudos técnicos e diligências necessárias ao pleno desempenho de suas funções, observados os procedimentos legais próprios quanto ao sigilo bancário, fiscal e telefônico;

XII - manter atualizados os prontuários da vida funcional dos Procuradores do Estado, nos quais deverão constar, obrigatoriamente:

a) aproveitamento em cursos de aperfeiçoamento ou pós-graduação;

b) trabalhos jurídicos publicados;

c) participação, como palestrante ou docente, ou apresentação de teses em cursos de aperfeiçoamento ou pós-graduação, congressos, simpósios ou outras promoções similares;

d) desempenho de funções públicas relevantes;

e) participação em entidades com finalidade cultural na área do direito.

XIII - propor o Regulamento do Estágio Probatório dos integrantes da carreira de Procurador do Estado;

XIV - apontar ao Procurador-Geral do Estado as necessidades de pessoal ou material, nos serviços afetos à Procuradoria-Geral do Estado;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **209**

XV - fornecer suporte administrativo à Comissão de Concurso para o provimento dos cargos de Procurador do Estado;

XVI - avaliar, permanentemente, a situação geral da carreira de Procurador do Estado, no tocante à necessidade de criação de novos cargos, sua distribuição nas classes e respectivas lotações;

XVII - autorizar os integrantes da carreira de Procurador do Estado a fixar residência em Município diverso daquele em que se situar a sede dos respectivos órgãos de lotação ou designação;

XVIII - apresentar ao Procurador-Geral do Estado, anualmente, relatório com dados estatísticos sobre as atividades dos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado, relativas ao ano anterior;

XIX - elaborar seu Regimento;

XX - exercer outras atividades correlatas ou que lhe venham a ser atribuídas ou delegadas.

§ 1º - Integram a Corregedoria-Geral o Corregedor-Geral, o Corregedor-Geral Adjunto e os Procuradores do Estado Corregedores.

§ 2º - O Corregedor-Geral é designado pelo Procurador-Geral do Estado para um mandato de 2 (dois) anos, dentre Procuradores do Estado da classe superior, indicados em lista tríplice pelo Conselho Superior, admitida uma recondução.

§ 3º - O Corregedor-Geral Adjunto e os Procuradores do Estado Corregedores serão indicados pelo Corregedor-Geral e designados pelo Procurador-Geral do Estado, devendo a escolha, em relação ao primeiro, recair em integrante da classe superior e, em relação aos últimos, em integrantes das 2 (duas) últimas classes da carreira.

§ 4º - Em caso de ausências eventuais ou impedimento por prazo inferior a 60 (sessenta) dias, o Corregedor-Geral será substituído pelo Corregedor-Geral Adjunto.

§ 5º - Na hipótese de vacância ou de impedimento por prazo superior a 60 (sessenta) dias, será designado novo Corregedor-Geral, na forma do parágrafo 2º.

§ 6º - O Corregedor-Geral tomará posse perante o Conselho Superior.

§ 7º - A destituição do Corregedor-Geral dar-se-á pelo voto secreto de 2/3 (dois terços) do Conselho Superior, mediante representação do Procurador-Geral do Estado ou da maioria absoluta do Conselho Superior.

CAPÍTULO VI DO PROCURADOR DO ESTADO

Art. 26 - O Procurador do Estado exerce função essencial à justiça e ao regime da legalidade dos atos da administração pública estadual, gozando, no desempenho do cargo, das prerrogativas inerentes à atividade da advocacia, além

210 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

das estabelecidas nesta Lei Complementar, sendo inviolável por seus atos e manifestações oficiais, nos termos da lei.

§ 1º - No exercício das prerrogativas de que trata o *caput*, a independência funcional do Procurador do Estado não elide o dever de zelar pelo contraditório e a ampla defesa em favor de seus constituintes institucionais e legais, em todas as instâncias, ressalvados os casos em que a pretensão resistida tenha abrigo:

I - em parecer a que se tenha atribuído caráter jurídico-normativo;

II - em orientação uniforme de instâncias não ordinárias do Poder Judiciário.

§ 2º - Nos casos ressalvados nos incisos do parágrafo anterior, serão previamente ouvidos os órgãos próprios da Procuradoria-Geral do Estado, conforme definição regulamentar.

Art. 27 - O Procurador do Estado, para os efeitos do que prevê o artigo 17, § 3º, da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, e o artigo 6º, § 3º, da Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965, fará manifestação fundamentada acerca da conduta processual a ser adotada pelo Estado ou outra entidade da administração pública estadual que represente no feito respectivo, a ser submetida ao exame e deliberação do órgão colegiado a que estiver vinculado, para encaminhamento à decisão do Procurador-Geral do Estado.

Art. 28 - A competência das autoridades públicas estaduais, nos limites das respectivas atribuições, para emitir juízo de conveniência acerca do ajuizamento de ações em defesa do interesse público estadual não inibe a iniciativa do Procurador do Estado, desde que respaldado em elementos de convicção que recomendem o recurso à via judicial e ouvidos os órgãos próprios da Procuradoria-Geral do Estado, conforme definição regulamentar.

Art. 29 - O Procurador do Estado tem assegurada presença e voz em todas as instâncias administrativas de deliberação acerca de seus atos e pronunciamentos oficiais.

Art. 30 - Todas as autoridades administrativas, civis ou militares, independentemente de grau hierárquico, assim como todos os funcionários, servidores e agentes públicos, dos órgãos e entidades da administração pública estadual direta e indireta, devem conferir prioridade ao atendimento das requisições dos Procuradores do Estado.

§ 1º - O atendimento às requisições dos Procuradores do Estado deve ocorrer dentro do prazo máximo de 15 (quinze) dias, se outro prazo nelas não houver sido fixado, levando-se em conta o princípio processual da eventualidade e a preclusão dos atos processuais, assim como a natureza e o grau de complexidade do objeto da requisição.

§ 2º - A inobservância do disposto no § 1º constitui falta de exação no cumprimento de dever funcional e, vindo em prejuízo do interesse público, determinará também responsabilidade civil e penal.

Art. 31 - No exercício de suas funções, o Procurador do Estado poderá:

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **211**

I - agir em defesa da observância dos princípios e normas das Constituições Federal e Estadual pelos:

- a) poderes estaduais;
- b) órgãos da administração pública estadual;
- c) concessionários e permissionários de serviço público estadual;
- d) entes que exerçam outra função delegada do Estado ou executem serviço de relevância pública.

II - fazer recomendações aos órgãos da administração pública estadual para maior celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;

III - requisitar, a entidades públicas ou privadas, informações escritas, expedientes e processos administrativos, traslados, documentos em geral, cópias, inclusive autenticadas, diligências, esclarecimentos, ter acesso a sistemas e arquivos informatizados, assim como adotar outras medidas que entender necessárias a instruir processos ou procedimentos em que oficie, observados os trâmites legais próprios quanto ao sigilo bancário, telefônico e fiscal;

IV - dispor e utilizar livremente, nas comarcas em que atuar, de instalações próprias e condignas nos prédios dos fóruns;

V - obter, sem despesas, a realização de buscas e o fornecimento de certidões dos cartórios judiciais ou extrajudiciais ou de quaisquer outras repartições públicas, bem como a realização de perícias e de atividades específicas e serviços temporários de servidores da administração pública estadual, necessários ao exercício de suas funções;

VI - ingressar e transitar livremente:

a) nas salas de sessões dos tribunais, mesmo além dos limites que separam a parte reservada aos Magistrados;

b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, tabelionatos, escritórios da Justiça e edifícios dos fóruns;

c) em qualquer repartição do serviço público estadual;

VII - intervir nas sessões de julgamento para sustentação oral ou esclarecimento de matéria de fato;

VIII - examinar, em qualquer juízo ou tribunal, autos de processos findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

IX - ter a palavra, pela ordem, perante qualquer juízo ou tribunal, para replicar acusação ou censura que lhe tenham sido feitas.

Art. 32 - Constituem prerrogativas do Procurador do Estado, além de outras previstas nesta Lei:

I - inviolabilidade pelo teor de suas manifestações oficiais, nos limites da independência funcional;

II - usar as insígnias privativas da Procuradoria-Geral do Estado;

III - não estar sujeito à intimação ou à convocação, exceto se expedida pela autoridade judiciária ou órgão de direção da Procuradoria-Geral do Estado, ressalvadas as hipóteses constitucionais e legais;

212 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

IV - acesso aos dados e informações relativos à sua pessoa, existentes nos órgãos da Procuradoria-Geral do Estado, com direito à retificação e complementação dos mesmos, se for caso;

V - ser ouvido como testemunha ou ofendido, em qualquer processo ou inquérito, em dia e hora previamente ajustados com o juiz ou autoridade competente;

VI - a utilização exclusiva do designativo Procurador no âmbito da administração pública estadual, ressalvadas as demais hipóteses legais.

Art. 33 - As garantias e as prerrogativas dos Procuradores do Estado são inerentes ao exercício de suas funções e irrenunciáveis, aplicáveis, conjuntamente com as correspondentes vedações, aos Procuradores da Assembléia Legislativa, no que couber.

TITULO III DA CARREIRA DE PROCURADOR DO ESTADO

CAPÍTULO I DAS CLASSES

Art. 34 - A carreira de Procurador de Estado é composta de quatro classes: inicial, intermediária, final e superior.

CAPÍTULO II DO CONCURSO DE INGRESSO

Art. 35 - Os cargos da classe inicial da carreira de Procurador do Estado serão providos mediante concurso público de provas e de títulos, organizado e realizado pela Procuradoria-Geral do Estado, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, conforme disposto em regulamento.

Art. 36 - O edital do concurso para o ingresso na carreira de Procurador do Estado conterà, além de outras disposições sobre o concurso, o prazo para as inscrições, que não poderá ser inferior a 20 (vinte) dias, o número de vagas na classe inicial, os programas sobre os quais versarão as provas e os critérios para a avaliação dos títulos.

Art. 37 - O pedido de inscrição ao concurso, dirigido ao Procurador-Geral do Estado, será instruído com a prova do preenchimento dos seguintes requisitos:

- I - ser brasileiro;
- II - ser bacharel em direito;
- III - estar no gozo dos direitos políticos e quite com o serviço militar;
- IV - não registrar antecedentes criminais;
- V - haver recolhido a taxa de inscrição especificada no edital.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **213**

§ 1º - A inexistência de antecedentes criminais, para fins de inscrição, será objeto de declaração firmada pelo requerente, sob as penas da lei.

§ 2º - A taxa de inscrição será destinada ao Fundo de Reaparelhamento da Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 38 - Encerrado o julgamento dos pedidos de inscrição, o Procurador-Geral do Estado designará as datas das provas e fará publicar a lista dos candidatos admitidos.

Art. 39 - A seleção dos candidatos admitidos ao concurso será feita pela Comissão de Concurso, órgão auxiliar, de natureza transitória, constituída por ato do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único - As decisões da Comissão de Concurso serão tomadas por maioria de votos.

Art. 40 - Encerrada a última prova escrita, os candidatos habilitados terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar os títulos indicados no edital do concurso.

Art. 41 - Após a publicação, no Diário Oficial do Estado, das notas das provas ou dos títulos, caberá pedido de reconsideração ao Procurador-Geral do Estado, no prazo fixado em edital, não inferior a 5 (cinco) dias, em cuja fluência é assegurada aos candidatos vista dos títulos e das provas, próprios e dos concorrentes, bem como das provas-padrão, se houver, e dos critérios de avaliação.

§ 1º - O pedido de reconsideração deverá conter:

I - circunstanciada exposição a respeito das questões, pontos ou títulos, para os quais, em face das normas do concurso ou dos critérios adotados, deveria ser atribuído maior grau ou número de pontos;

II - as razões do pedido, bem como o total de pontos solicitados.

§ 2º - Não serão conhecidos os pedidos de reconsideração que não satisfizerem ao disposto no parágrafo anterior.

Art. 42 - A banca examinadora manifestar-se-á sobre os pedidos de reconsideração apresentados ao Procurador-Geral do Estado, opinando pela concessão, ou não, dos pontos solicitados.

Art. 43 - O concurso terá validade de 2 (dois) anos a contar da homologação, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, mediante ato do Procurador-Geral do Estado.

Parágrafo único - O candidato aprovado que recusar a nomeação perderá o direito à ordem de sua classificação.

CAPÍTULO III DA NOMEAÇÃO, POSSE E EXERCÍCIO

Art. 44 - Os candidatos aprovados no concurso de ingresso na carreira de Procurador do Estado, observada a ordem de classificação, serão nomeados pelo Governador do Estado.

214 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

§ 1º - O Procurador-Geral do Estado dará posse ao Procurador do Estado perante o Conselho Superior, em sessão solene, até 30 (trinta) dias após a publicação do ato de nomeação no Diário Oficial do Estado, período que poderá ser prorrogado por igual prazo, por motivo justificado.

§ 2º - São requisitos para a posse:

I - ter aptidão física e psíquica para o cargo, comprovada por inspeção do órgão estadual competente;

II - estar em dia com as obrigações militares;

III - estar no gozo dos direitos políticos e quite com as obrigações eleitorais;

IV - não registrar antecedentes criminais;

V - estar inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil;

VI - apresentar declaração de bens.

§ 3º - A prova da inexistência de antecedentes criminais, para a posse, será feita por folha corrida de todas as comarcas e órgãos da justiça em cujo território tiver o candidato residido nos últimos 5 (cinco) anos, contados da data de nomeação.

§ 4º - Em caso de candidato ocupante de cargo incompatível com o exercício da advocacia, a comprovação de que trata o inciso V do parágrafo 2º poderá ser feita no prazo de 60 (sessenta), pena de invalidação do ato de posse.

Art. 45 - O exercício no cargo dar-se-á no prazo de até 5 (cinco) dias contados da data da posse, sob pena de ser tornado sem efeito o ato de nomeação.

Parágrafo único - Entre os que iniciarem o exercício na mesma data, será observado, para efeito de antigüidade, a ordem de classificação no concurso.

Art. 46 - O início do exercício no cargo de Procurador do Estado será junto à Corregedoria-Geral, onde será cumprido estágio de orientação de até 60 (sessenta) dias, findo o qual o Procurador do Estado iniciará o trânsito de 15 (quinze) dias para assumir o exercício no órgão em que for lotado, no interior do Estado.

Parágrafo único - Por ocasião da lotação inicial, será possibilitada ao Procurador do Estado opção dentre os órgãos disponíveis, observada a ordem de classificação no respectivo concurso.

Art. 47 - Os Procuradores do Estado terão exercício exclusivamente na Procuradoria-Geral do Estado ou em órgãos integrantes do Sistema de Advocacia de Estado, ressalvado o desempenho de funções relevantes na administração pública, ouvido o Conselho Superior.

§ 1º - Os integrantes das classes inicial e intermediária serão lotados no interior do Estado, excluída, quanto aos da classe inicial, a Região Metropolitana de Porto Alegre.

§ 2º - Os integrantes da classe final serão lotados no interior do Estado e em Porto Alegre.

§ 3.º - Os integrantes da classe superior serão lotados em Porto Alegre.

Art. 48 - O órgão de execução junto aos Tribunais Superiores será integrado por Procuradores do Estado designados pelo Procurador-Geral do Estado.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **215**

Art. 49 - A lotação dos cargos de Procurador do Estado será estabelecida mediante ato do Procurador-Geral do Estado, após prévia manifestação da Corregedoria-Geral, observado o disposto no artigo 47.

Parágrafo único - A relocação de cargo de Procurador do Estado provido somente se dará por necessidade ou conveniência do serviço, após prévia manifestação da Corregedoria-Geral e ouvido o Conselho Superior, respeitada a antigüidade na classe.

Art. 50 - O Procurador-Geral do Estado, em caso de necessidade do serviço e ouvido o Conselho Superior, poderá designar Procurador do Estado integrante das classes inicial, intermediária e final, para, por prazo determinado, exercer suas funções em órgão diverso daquele de sua lotação.

CAPÍTULO IV DO ESTÁGIO PROBATÓRIO

Art. 51 - A contar da data de início do exercício no cargo e pelo período de 3 (três) anos, o Procurador do Estado cumprirá estágio probatório, durante o qual será apurada a conveniência de sua confirmação na carreira, mediante a verificação dos seguintes requisitos:

- I - idoneidade;
- II - disciplina;
- III - contração ao trabalho;
- IV - eficiência no desempenho das funções;

§ 1º - O cumprimento dos requisitos de que trata este artigo será verificado por meio do preenchimento de boletins semestrais pela Coordenação imediata do Procurador do Estado estagiário, complementados por outros dados coligidos pela Corregedoria-Geral que, entre 90 (noventa) e 75 (setenta e cinco) dias antes da conclusão prevista do triênio, emitirá parecer a ser submetido à comissão de avaliação especial de desempenho de que trata o inciso I do artigo 24.

§ 2º - Encaminhado o expediente ao Conselho Superior, este opinará em relação a cada um dos requisitos do estágio, concluindo a favor ou contra a confirmação do Procurador do Estado estagiário.

§ 3º - Se a manifestação do Conselho Superior for contrária à confirmação, será dado conhecimento dos autos ao Procurador do Estado estagiário, que terá o prazo de 5 (cinco) dias úteis para deduzir sua defesa.

§ 4º - Apresentada a defesa, o Conselho Superior decidirá conclusivamente em resolução, com o voto de 2/3 (dois terços) de seus membros em efetivo exercício, propondo a exoneração do Procurador do Estado estagiário que não satisfizer os requisitos do estágio, ou manifestando-se pela confirmação.

§ 5º - Em todas as fases da avaliação de seu desempenho, o Procurador do Estado estagiário terá acesso a informações e documentos, podendo, ainda,

216 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

produzir sustentação oral na sessão do Conselho Superior a que se refere o § 4º deste artigo, cuja continuidade terá caráter reservado.

Art. 52 - Não serão computados para integrar o triênio de estágio probatório os períodos de afastamento do exercício real do cargo, salvo se resultarem de investidura em função de confiança nos termos da parte final do artigo 61.

Art. 53 - Será exonerado por não cumprimento do estágio probatório o Procurador do Estado que, nos termos do artigo anterior, tiver interrompido o estágio por períodos que, somados, alcancem 3 (três) anos.

Art. 54 - O servidor estável, detentor de cargo de provimento efetivo, que dele se houver exonerado em razão de sua investidura em estágio probatório no cargo de Procurador do Estado, se exonerado na forma do artigo 80, inciso II, retornará de imediato ao cargo anterior ou à disponibilidade correspondente.

CAPÍTULO V DAS PROMOÇÕES

Art. 55 - As promoções na carreira de Procurador do Estado operar-se-ão de classe a classe nos termos de regulamento, por antigüidade e merecimento, alternadamente.

§ 1º - A promoção, por antigüidade ou por merecimento, dependerá de aceitação expressa do Procurador do Estado.

§ 2º - Havendo mudança de residência em decorrência de promoção, o Procurador do Estado terá direito a 10 (dez) dias de trânsito, prorrogáveis até 20 (vinte), mediante justificativa, a critério do Procurador-Geral do Estado.

Art. 56 - Na apuração da antigüidade, considerar-se-á o tempo de exercício efetivo do Procurador do Estado na classe a que pertencer e, em caso de empate, sucessivamente, na carreira, no serviço público estadual e no serviço público em geral.

Parágrafo único - A promoção por antigüidade recairá no Procurador do Estado classificado em primeiro lugar, conforme os critérios deste dispositivo.

Art. 57 - Da classificação por antigüidade, caberá recurso ao Conselho Superior, no prazo de 10 (dez) dias, a contar da publicação da respectiva lista no Diário Oficial do Estado.

Art. 58 - O merecimento é apurado na classe e será aferido objetivamente considerando-se as condições principais e secundárias especificadas no regulamento de que trata o artigo 55.

§ 1º - São condições principais as que dizem respeito à atuação do Procurador do Estado no exercício de seu cargo e a requisitos indispensáveis àquele exercício, quais sejam: qualidade do trabalho, presteza, dedicação, eficiência, disciplina, urbanidade e espírito de cooperação.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **217**

§ 2º - São condições secundárias, entre outras, o desempenho de funções ou tarefas relevantes no Sistema de Advocacia de Estado, o exercício reiterado de substituições cumulativas, a publicação de trabalhos técnicos e o exercício do magistério jurídico superior.

Art. 59 - A promoção por merecimento recairá no Procurador do Estado escolhido pelo Procurador-Geral do Estado entre os que figurem em lista tríplice, elaborada pelo Conselho Superior.

Parágrafo único - A lista tríplice será organizada em ordem alfabética, dela constando o número de votos obtidos e as vezes em que os candidatos tenham entrado em listas anteriores.

Art. 60 - Não poderá ser promovido o Procurador do Estado em estágio probatório, nem aquele que, já tendo sido confirmado na carreira, não conte com o interstício de 2 (dois) anos de efetivo exercício na classe, salvo se na mesma nenhum outro houver completado o interstício ou o estágio probatório.

Art. 61 - O exercício, a qualquer título, de funções estranhas às privativas da carreira de Procurador do Estado não será considerado para efeito de interstício nas promoções por merecimento, ressalvadas as de chefia ou de assessoramento desempenhadas na Procuradoria-Geral do Estado.

Art. 62 - O Procurador do Estado, ao qual tiver sido aplicada penalidade disciplinar de censura ou suspensão, não será incluído, nos 2 (dois) anos subsequentes, em lista de promoção por merecimento.

CAPÍTULO VI DAS REMOÇÕES

Art. 63 - Ocorrendo vaga em qualquer das classes da carreira de Procurador do Estado e havendo interesse do serviço em seu provimento, a juízo do Procurador-Geral do Estado, ouvida a Corregedoria-Geral, será a mesma declarada para efeito de remoção.

Parágrafo único - Concluído o processo de remoção de que trata o *caput*, remanescendo vaga a ser provida e havendo interesse do serviço em seu provimento, será a mesma declarada para efeito de promoção.

Art. 64 - A remoção dependerá de pedido do Procurador do Estado interessado, dirigido ao Procurador-Geral do Estado, e será efetuada com preferência ao Procurador do Estado de maior antigüidade na classe, apurada no tempo e forma previstos para as promoções.

§ 1º - Os pedidos de remoção serão formulados no prazo improrrogável de 10 (dez) dias, contados da publicação do ato declaratório da vacância no Diário Oficial do Estado.

§ 2º - Não sendo recebido pedido de remoção no prazo a que se refere o § 1º, e não tendo havido habilitados à promoção, poderá ela ser preenchida,

218 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

independentemente de prazo, mediante remoção, a pedido, de qualquer Procurador do Estado integrante da classe.

§ 3º - Havendo mudança de residência em decorrência de remoção, o Procurador do Estado terá direito a 10 (dez) dias de trânsito, prorrogáveis até 20 (vinte), mediante justificativa, a critério do Procurador-Geral do Estado.

§ 4º - O Procurador do Estado, removido a pedido, não poderá pedir nova remoção no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Art. 65 - A remoção *ex-officio* dar-se-á por ato do Procurador-Geral do Estado, ouvidos a Corregedoria-Geral, o Conselho Superior e observado o seguinte:

I - sendo julgado necessário que o Procurador do Estado deixe de atuar em determinado órgão da Procuradoria-Geral do Estado, poderá dar-se remoção independentemente da existência de vaga correspondente à sua classe em qualquer outro órgão da Procuradoria-Geral do Estado, respeitadas as disposições do artigo 47;

II - na hipótese do inciso anterior, o Procurador do Estado removido permanecerá adido ao órgão da Procuradoria-Geral do Estado designado pelo Procurador-Geral do Estado, até a ocorrência de vaga correspondente à sua classe em qualquer outro órgão da Procuradoria-Geral do Estado, no qual será então lotado;

III - o Procurador do Estado não poderá obter remoção para vaga em órgão da Procuradoria-Geral do Estado do qual tenha sido removido *ex-officio* enquanto persistirem os motivos de sua remoção.

Parágrafo único - Na remoção prevista neste artigo, será oportunizada manifestação ao Procurador do Estado interessado.

Art. 66 - A remoção por permuta, admissível entre Procuradores do Estado da mesma classe, dependerá da manifestação favorável do Conselho Superior, que apreciará o pedido em função da conveniência do serviço e da posição ocupada pelos interessados na escala de antigüidade.

CAPÍTULO VII DA REINTEGRAÇÃO

Art. 67 - A reintegração, resultante de decisão judicial transitada em julgado, é o retorno do Procurador do Estado demitido ao cargo, com ressarcimento dos prejuízos, limitado à totalidade dos vencimentos deixados de perceber em razão do afastamento.

§ 1º - O período de afastamento será computado como tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para efeito de promoção por merecimento e observado o disposto no artigo 52.

§ 2º - Extinto o cargo e não existindo, na classe, vaga a ser ocupada pelo Procurador do Estado reintegrando, será o mesmo posto em disponibilidade remunerada.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **219**

Art. 68 - O Procurador do Estado reintegrando será submetido à prévia inspeção médica, para verificação de sua capacidade para o exercício do cargo.

Parágrafo único - Resultando da verificação médica a constatação da incapacidade do Procurador do Estado reintegrando para o exercício do cargo, será o mesmo colocado em licença para tratamento de saúde, sem prejuízo do disposto no Capítulo X deste Título.

CAPÍTULO VIII DA REVERSÃO

Art. 69 - A reversão é o reingresso, na carreira, do Procurador do Estado aposentado por invalidez, quando insubsistentes os motivos da inatividade.

§ 1º - A reversão far-se-á a pedido ou de ofício, em vaga a ser preenchida por merecimento, na classe a que houver pertencido o aposentado.

§ 2º - A reversão dependerá de parecer da Corregedoria-Geral e de pronunciamento favorável do Conselho Superior.

§ 3º - A reversão na classe inicial da carreira somente ocorrerá quando não houver candidato aprovado em concurso em condições de nomeação.

§ 4º - O Procurador do Estado que houver revertido somente poderá ser promovido após o interstício de 1 (um) ano de efetivo exercício, contado da data da reversão.

§ 5º - O tempo de afastamento, por motivo de aposentadoria, só será computado para efeito de nova aposentadoria.

§ 6º - O Procurador do Estado que tenha obtido sua reversão não poderá ser aposentado novamente sem que tenham decorrido 3 (três) anos de exercício, salvo se a aposentadoria for por motivo de saúde.

CAPÍTULO IX DO APROVEITAMENTO

Art. 70 - Aproveitamento é o retorno ao efetivo exercício do cargo do Procurador do Estado em disponibilidade.

Parágrafo único - O aproveitamento dar-se-á, obrigatoriamente, na primeira vaga da classe a que pertencer o Procurador do Estado que se encontrar nas condições deste artigo.

Art. 71 - Extinguindo-se o cargo de Procurador do Estado, seu titular, se estável, será posto em disponibilidade remunerada, aguardando seu aproveitamento.

220 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

CAPÍTULO X DA APOSENTADORIA

Art. 72 - Os Procuradores do Estado serão aposentados:

I - por invalidez permanente, sendo os proventos proporcionais ao tempo de contribuição, exceto se decorrente de acidente em serviço, moléstia profissional ou doença grave, contagiosa ou incurável;

II - compulsoriamente, aos 70 (setenta) anos de idade, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição;

III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de 10 (dez) anos de efetivo exercício no serviço público e 5 (cinco) anos no cargo de Procurador do Estado, observadas as seguintes condições:

a) 60 (sessenta) anos de idade e 35 (trinta e cinco) de contribuição, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade e 30 (trinta) de contribuição, se mulher;

b) 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

§ 1º - Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, se incapacitantes para o exercício da função pública, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outros que a lei indicar, com base na medicina especializada.

§ 2º - Ao Procurador do Estado aposentado em decorrência de qualquer das moléstias tipificadas no parágrafo anterior, fica vedado o exercício de outra atividade pública remunerada, sob pena de cassação de sua aposentadoria.

§ 3º - A aposentadoria por invalidez será precedida por licença para tratamento de saúde, num período não superior a 24 (vinte e quatro) meses.

§ 4º - Expirado o período de licença e não estando em condições de reassumir o exercício do cargo, o Procurador do Estado será aposentado.

Art. 73 - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, não poderão exceder à remuneração do Procurador do Estado no cargo efetivo em que se deu a aposentadoria.

Art. 74 - Os proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão calculados com base na remuneração do Procurador do Estado no cargo efetivo em que se der a aposentadoria e, na forma da lei, corresponderão à totalidade da remuneração.

Art. 75 - Os proventos da aposentadoria serão revistos, com base em idêntico critério, sempre que se modificarem os vencimentos e vantagens do Procurador do Estado da mesma classe em atividade, mantida a proporcionalidade, quando for o caso, e observado o disposto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **221**

CAPÍTULO XI DO TEMPO DE SERVIÇO

Art. 76 - A apuração do tempo de serviço para promoção por antigüidade, aposentadoria e vantagens será feita em dias, convertidos em anos, considerados estes como de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias.

Art. 77 - Serão considerados de efetivo exercício, para os efeitos do artigo anterior, os dias em que o Procurador do Estado estiver afastado do serviço em virtude de:

- I - férias;
- II - licença-prêmio;
- III - licença para tratamento de saúde;
- IV - licença por acidente em serviço;
- V - licença por motivo de doença em pessoa da família, com vencimentos;
- VI - licença à gestante, à adotante e à paternidade;
- VII - licença para qualificação profissional;
- VIII - licença para concorrer a mandato público eletivo;
- IX - licença especial para fins de aposentadoria;
- X - casamento, até 8 (oito) dias;
- XI - luto, até 8 (oito) dias, por falecimento de ascendente, descendente, padrasto, madrasta, cônjuge, companheiro, sogro, enteado, menor sob guarda ou tutela e irmão;
- XII - exercício de cargo estadual de provimento em comissão ou de função de confiança;
- XIII - convocação para serviço militar ou outros serviços por lei obrigatórios;
- XIV - prestação de concurso ou prova de habilitação para concorrer a cargo público ou de magistério superior;
- XV - desempenho de mandato eletivo, inclusive classista;
- XVI - trânsito;
- XVII - moléstia, comprovada por atestado médico, até 3 (três) dias por mês;
- XVIII - disponibilidade remunerada.

Art. 78 - O tempo de serviço público federal, estadual e municipal prestado à administração pública direta e indireta, inclusive fundações de direito público, será computado integralmente para fins de gratificações e adicionais por tempo de serviço, aposentadoria e disponibilidade.

Parágrafo único - O tempo em que o Procurador do Estado houver exercido atividade em serviços transferidos para o Estado será computado como de serviço público estadual.

Art. 79 - É vedada a acumulação de tempo concorrente ou simultaneamente prestado ao serviço público ou privado.

222 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

CAPÍTULO XII DA EXONERAÇÃO

Art. 80 - A exoneração do Procurador do Estado dar-se-á:

I - a pedido;

II - *ex-officio* quando não satisfeitos os requisitos do estágio probatório, inclusive pela circunstância prevista no artigo 53, ou por insuficiência de desempenho.

Parágrafo único - O Procurador do Estado submetido a processo administrativo-disciplinar, ou a procedimento de avaliação periódica de desempenho, terá assegurada ampla defesa e somente poderá ser exonerado após a conclusão do respectivo feito, ressalvado o disposto no artigo 181.

TÍTULO IV DIREITOS, VENCIMENTOS E VANTAGENS

CAPÍTULO I DOS DIREITOS

Art. 81 - Ao Procurador do Estado, além de outros conferidos por esta lei e pelo Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Cíveis do Estado e legislação complementar, são assegurados os seguintes direitos:

I - prisão especial, de conformidade com a legislação federal pertinente, com comunicação imediata ao Procurador-Geral do Estado;

II - ter o mesmo tratamento protocolar reservado ao Procurador-Geral do Estado;

III - uso da carteira de identidade funcional, expedida pelo Procurador-Geral do Estado, valendo como autorização para porte de arma, mesmo na inatividade;

IV - auxílio ou colaboração das autoridades administrativas, policiais e seus agentes, sempre que lhes for solicitado;

V - presença do Procurador-Geral do Estado ou de outro integrante da carreira, quando preso em flagrante, para a lavratura do respectivo auto;

VI - de petição, podendo requerer, representar, reclamar e recorrer, dirigindo-se diretamente à autoridade competente ou por intermédio do Procurador-Geral do Estado, quando se tratar do Governador do Estado;

VII - estabilidade, após 3 (três) anos de exercício do cargo, só podendo ser demitido em virtude de sentença judicial ou de processo administrativo-disciplinar ou procedimento de avaliação de desempenho, em que lhe seja assegurada ampla defesa;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **223**

VIII - ressarcimento de despesa relativa à contribuição anual ao órgão de fiscalização do exercício profissional;

IX - integrar organismos estatais afetos à sua área de atuação, quando solicitado.

CAPÍTULO II DOS VENCIMENTOS E VANTAGENS PECUNIÁRIAS

Art. 82 - Os Procuradores do Estado perceberão vencimento calculado em função do vencimento do Procurador-Geral do Estado, segundo escalonamento vertical das classes da carreira.

Art. 83 - Para a correspondência dos índices de escalonamento de que trata o artigo anterior, o vencimento dos integrantes da carreira de Procurador do Estado observará o seguinte:

I - Procurador-Geral do Estado e Procurador do Estado Classe Superior: 100;

II - Procurador do Estado Classe Final: 90;

III - Procurador do Estado Classe Intermediária: 85;

IV - Procurador do Estado Classe Inicial: 80.

Art. 84 - Além dos vencimentos, aos Procuradores do Estado poderão ser concedidas as seguintes vantagens pecuniárias:

I - gratificações especiais:

a) de direção e de assessoramento;

b) de substituição.

II - quinquênios;

III - adicional por tempo de serviço;

IV - gratificação de férias;

V - gratificação natalina;

VI - diárias;

VII - ajuda de custo;

VIII - auxílio-moradia;

IX - abono familiar;

X - auxílio-funeral;

XI - outras gratificações estabelecidas em lei.

SEÇÃO I DAS GRATIFICAÇÕES ESPECIAIS

Art. 85 - Terão direito à gratificação de direção o Procurador-Geral do Estado, os Procuradores-Gerais Adjuntos, o Corregedor-Geral, o Corregedor-Geral Adjunto, os Procuradores do Estado Coordenadores de Procuradoria, o Procu-

224 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

rador do Estado Coordenador das Assessorias Jurídicas da Administração Direta e Indireta, os Procuradores do Estado Coordenadores Adjuntos de Procuradoria, os Procuradores do Estado Dirigentes de Equipe e os Procuradores do Estado Coordenadores de Procuradoria Regional.

§ 1º - As gratificações previstas na *caput* serão fixadas em lei, devendo ser calculadas sobre o vencimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, e não excederão os seguintes percentuais:

I - 25% (vinte e cinco por cento) para o Procurador-Geral do Estado;

II - 22% (vinte e dois por cento) para os Procuradores-Gerais Adjuntos e o Corregedor-Geral;

III - 19% (dezenove por cento) para os Procuradores do Estado Coordenadores de Procuradoria e para o Procurador do Estado Coordenador das Assessorias Jurídicas da Administração Direta e Indireta;

IV - 16% (dezesseis por cento) para os Procuradores do Estado Coordenadores Adjuntos de Procuradoria e para o Corregedor-Geral Adjunto;

V - 13% (treze por cento) para os Procuradores do Estado Dirigentes de Equipe e para os Procuradores do Estado Coordenadores de Procuradoria Regional.

§ 2º - O Procurador do Estado designado para substituir o detentor de gratificação de direção perceberá a gratificação correspondente na proporção dos dias de efetiva substituição iguais ou superiores a 10 (dez) dias consecutivos.

§ 3º - O valor das funções gratificadas de Diretor do órgão central de apoio administrativo e de Coordenador de Gabinete, quando exercidas por Procurador do Estado ou servidor público, não poderá exceder ao valor da gratificação de direção atribuída a Procurador do Estado Coordenador de Procuradoria.

Art. 86 - Terão direito à gratificação de assessoramento os Procuradores do Estado Assessores, em exercício no Gabinete da Procuradoria-Geral do Estado ou no órgão de execução junto aos Tribunais Superiores, e os Procuradores do Estado Corregedores, em percentual não superior a 13% (treze por cento) do vencimento do cargo de Procurador-Geral do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único - A percepção da gratificação prevista no artigo 85, § 1º, inciso III, exclui a percepção da gratificação de que trata o *caput*.

Art. 87 - O Procurador do Estado, quando exercer a acumulação de suas funções com as de outro cargo da carreira, ainda que parcialmente, perceberá, a título de gratificação de substituição, até o limite de um 1/3 (um terço) do vencimento de seu cargo por período mensal de substituição, proporcionalmente à extensão das atribuições assumidas, na forma de regulamento.¹⁰

¹⁰ Regulamentado pelo Decreto n. 41.533, de 12.4.2002.

§ 1.º - O Procurador do Estado que fizer *jus* à gratificação prevista no *caput* a perceberá na proporção dos dias de efetiva substituição, se em período inferior a 30 (trinta) dias.

§ 2.º - Em nenhum caso poderá ocorrer percepção simultânea de mais de 2 (duas) gratificações de substituição por Procurador do Estado.

SEÇÃO II DOS QUINQUÊNIOS

Art. 88 - Os Procuradores do Estado perceberão, por quinquênio de serviço público, uma gratificação de 5% (cinco por cento), até o máximo de 7 (sete), que incidirá sobre o vencimento do respectivo cargo.

SEÇÃO III DO ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO

Art. 89 - O Procurador do Estado, ao completar 15 (quinze) e 25 (vinte e cinco) anos de serviço público passará a perceber, respectivamente, o adicional de 15% (quinze por cento) ou 25% (vinte e cinco por cento) sobre o vencimento de seu cargo.

Parágrafo único - A concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) fará cessar o de 15% (quinze por cento), anteriormente concedido.

SEÇÃO IV DA GRATIFICAÇÃO DE FÉRIAS

Art. 90 - A remuneração correspondente às férias será acrescida de gratificação de 1/3 (um terço).

Parágrafo único - O pagamento da remuneração mensal, juntamente com a gratificação de férias, será efetuado antecipadamente ao Procurador do Estado que o requerer.

SEÇÃO V DA GRATIFICAÇÃO NATALINA

Art. 91 - Será concedida ao Procurador do Estado que esteja no desempenho de suas funções uma gratificação natalina correspondente à sua remuneração integral devida no mês de dezembro.

§ 1º - A gratificação de que trata este artigo corresponderá a 1/12 (um doze avos) da remuneração a que fizer *jus* o Procurador do Estado no mês de

226 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

dezembro, por mês de efetivo exercício, considerando-se as frações iguais ou superiores a 15 (quinze) dias como mês integral.

§ 2º - O pagamento da gratificação natalina será efetuado até o dia 20 (vinte) do mês de dezembro de cada ano.

§ 3º - A gratificação natalina é devida ao Procurador do Estado afastado de suas funções sem prejuízo da remuneração e demais vantagens.

§ 4º - O Procurador do Estado exonerado terá direito à gratificação natalina, proporcionalmente aos meses de exercício, calculada na forma do § 1º, sobre a remuneração do mês da exoneração.

§ 5º - É extensiva aos inativos a percepção da gratificação natalina, cujo cálculo incidirá sobre as parcelas que compõem seus proventos.

SEÇÃO VI DAS DIÁRIAS

Art. 92 - O Procurador do Estado que se deslocar, temporariamente, de sua sede em objeto de serviço, terá direito a diárias, pagas antecipadamente e fixadas em ato do Procurador-Geral do Estado.

§ 1º - A diária será de até 1/40 (um quarenta avos) dos vencimentos da classe superior.

§ 2º - Quando se tratar de deslocamento para fora do Estado, o valor da diária corresponderá a até o quádruplo do previsto no parágrafo anterior.

SEÇÃO VII DA AJUDA DE CUSTO

Art. 93 - Ao Procurador do Estado, por ocasião da lotação inicial, de promoção ou de remoção compulsória, será paga uma ajuda de custo correspondente ao vencimento do cargo que deva assumir.

§ 1º - Na hipótese de não haver mudança na residência do Procurador do Estado, não será paga a ajuda de custo.

§ 2º - A ajuda de custo será paga independentemente de o Procurador do Estado haver assumido o novo cargo e restituída, devidamente atualizada, caso a assunção no novo cargo não se efetive.

SEÇÃO VIII DO AUXÍLIO-MORADIA

Art. 94 - Ao Procurador do Estado designado para ter exercício no órgão de execução junto aos Tribunais Superiores, em Brasília (DF), será pago auxílio-

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **227**

moradia, a ser fixado em lei, não excedente a 15% (quinze por cento) do vencimento do cargo de Procurador-Geral do Estado.

SEÇÃO IX DO ABONO FAMILIAR

Art. 95 - Ao Procurador do Estado ativo ou inativo será concedido abono familiar nos termos do Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado.

SEÇÃO X DO AUXÍLIO-FUNERAL

Art. 96 - Ao cônjuge sobrevivente ou companheiro, ou em sua falta, aos herdeiros do Procurador do Estado, ainda que aposentado ou em disponibilidade, será pago auxílio-funeral por ocasião do óbito, equivalente aos vencimentos do cargo titulado ou daquele em que se deu a inativação.

Parágrafo único - Aquele que, na falta das pessoas enumeradas no *caput*, houver custeado o funeral do Procurador do Estado será indenizado da despesa comprovada, limitada ao montante a que se refere este artigo.

SEÇÃO XI DA PENSÃO

Art. 97 - Aos dependentes do Procurador do Estado que vier a falecer é assegurada pensão na forma da lei.

CAPÍTULO III DAS VANTAGENS NÃO PECUNIÁRIAS

Art. 98 - Aos Procuradores do Estado são asseguradas as seguintes vantagens não pecuniárias:

- I - férias;
- II - licença para tratamento de saúde;
- III - licença por acidente em serviço;
- IV - licença à gestante, à adotante e à paternidade;
- V - licença para concorrer a mandato público eletivo;

228 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

- VI - licença para exercer mandato público eletivo;
- VII - licença especial para fins de aposentadoria;
- VIII - licença para o desempenho de mandato classista;
- IX - licença por motivo de doença em pessoa da família;
- X - licença-prêmio;
- XI - licença para tratar de interesses particulares;
- XII - licença para qualificação profissional;
- XIII - licença para casamento ou por luto;
- XIV - licença para acompanhar o cônjuge ou companheiro;
- XV - assistência a filho portador de necessidades especiais.

SEÇÃO I DAS FÉRIAS

Art. 99 - Os Procuradores do Estado gozarão, anualmente, 30 (trinta) dias de férias individuais, de acordo com a escala aprovada pelas respectivas coordenações.

§ 1º - Serão autorizadas pelo Governador do Estado as férias do Procurador-Geral do Estado.

§ 2º - Serão autorizadas as férias:

I - do Corregedor-Geral, dos Procuradores-Gerais Adjuntos e dos Procuradores do Estado Coordenadores, pelo Procurador-Geral do Estado;

II - do Corregedor-Geral Adjunto e dos Procuradores do Estado Corregedores, pelo Corregedor-Geral;

III - dos Procuradores do Estado Coordenadores Adjuntos de Procuradoria, Dirigentes de Equipe e demais Procuradores do Estado, pelos Procuradores do Estado Coordenadores.

§ 3º - É facultado o gozo de férias em 2 (dois) períodos, não inferiores a 10 (dez) dias consecutivos.

§ 4º - Na organização da escala, os Procuradores do Estado Coordenadores conciliarão as exigências do serviço com os interesses dos Procuradores do Estado.

§ 5º - As férias dos Procuradores do Estado poderão ser interrompidas por necessidade de serviço.

§ 6º - Somente após o primeiro ano de exercício, adquirirão os Procuradores do Estado direito a férias.

Art. 100 - Ao entrar no gozo de férias e ao reassumir o exercício de seu cargo, o Procurador do Estado comunicará à Coordenação respectiva.

Parágrafo único - Da comunicação do início das férias, deverá constar o endereço onde poderá ser encontrado.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **229**

SEÇÃO II

DA LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE

Art. 101 - A licença para tratamento de saúde será concedida ao Procurador-Geral do Estado pelo Governador do Estado, e aos demais Procuradores do Estado por aquele, à vista do laudo de inspeção expedido pelo órgão estadual competente.

Parágrafo único - Na concessão de licença para tratamento de saúde, aplicam-se, no que couber, as normas do Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado.

SEÇÃO III

DA LICENÇA POR ACIDENTE EM SERVIÇO

Art. 102 - O Procurador do Estado acidentado em serviço será licenciado com vencimentos integrais, na forma do Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado.

SEÇÃO IV

DA LICENÇA À GESTANTE, À ADOTANTE E À PATERNIDADE

Art. 103 - À Procuradora do Estado gestante será concedida licença de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo da remuneração.

Parágrafo único - No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a Procuradora do Estado reassumirá o exercício do cargo, salvo determinação médica em contrário.

Art. 104 - Ao término da licença de que trata o artigo anterior, fica assegurado à lactante a redução de 50% (cinquenta por cento) de sua carga de trabalho pelo período de 3 (três) meses.

Art. 105 - À Procuradora do Estado adotante será deferida licença a partir da concessão do termo de guarda, ou da adoção, proporcional à idade do adotado:

- I - de 0 (zero) a 2 (dois) anos, 120 (cento e vinte) dias;
- II - de mais de 2 (dois) até 4 (quatro) anos, 90 (noventa) dias;
- III - de mais de 4 (quatro) até 6 (seis) anos, 60 (sessenta) dias;
- IV - de mais de 6 (seis) anos, desde que menor, 30 (trinta) dias.

Art. 106 - Pelo nascimento ou adoção de filho, o Procurador do Estado terá direito à licença paternidade de 8 (oito) dias consecutivos.

230 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

SEÇÃO V

DA LICENÇA PARA CONCORRER A MANDATO PÚBLICO ELETIVO E EXERCÊ-LO

Art. 107 - O Procurador do Estado que concorrer a mandato público eletivo será licenciado na forma da legislação eleitoral.

Art. 108 - Eleito, o Procurador do Estado ficará afastado do exercício do cargo a partir da posse.

Art. 109 - Ao Procurador do Estado investido em mandato público eletivo, aplicam-se as seguintes disposições:

I - tratando-se de mandato federal, estadual ou distrital, ficará afastado do cargo;

II - investido no mandato de prefeito, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração;

III - investido no mandato de vereador:

a) havendo compatibilidade de horário, perceberá as vantagens do seu cargo, sem prejuízo da remuneração do cargo eletivo;

b) não havendo compatibilidade de horário, será afastado do cargo, sendo-lhe facultado optar pela sua remuneração.

§ 1º - No caso de afastamento do cargo, o Procurador do Estado continuará contribuindo para o órgão da previdência e assistência do Estado, como se em exercício estivesse, contando o tempo de serviço para todos os efeitos legais, exceto para a promoção por merecimento e observado o disposto nos artigos 52 e 53.

§ 2º - O Procurador do Estado investido em mandato público eletivo não poderá ser removido *ex-officio* para sede diversa daquela onde exerce o mandato.

SEÇÃO VI

DA LICENÇA ESPECIAL PARA FINS DE APOSENTADORIA

Art. 110 - Decorridos 30 (trinta) dias da data em que tiver sido protocolado o requerimento da aposentadoria, o Procurador do Estado será considerado em licença especial remunerada, podendo afastar-se do exercício de suas atividades, salvo se antes tiver sido cientificado do indeferimento do pedido.

Parágrafo único - O pedido de aposentadoria de que trata este artigo somente será considerado após terem sido averbados todos os tempos computáveis para esse fim.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **231**

SEÇÃO VII

DA LICENÇA PARA O DESEMPENHO DE MANDATO CLASSISTA

Art. 111 - É assegurado ao Procurador do Estado o direito à licença para o desempenho de mandato classista, com a remuneração do respectivo cargo, sendo considerado de efetivo exercício o afastamento, exceto para efeito de promoção por merecimento e observado o disposto nos artigos 52 e 53.

Parágrafo único - A licença de que trata este artigo será concedida nos casos e termos da lei.

SEÇÃO VIII

DA LICENÇA POR MOTIVO DE DOENÇA EM PESSOA DA FAMÍLIA

Art. 112 - O Procurador do Estado poderá obter licença por motivo de doença em ascendente, descendente, cônjuge, companheiro, enteado, menor sob guarda ou tutela e irmão, desde que indispensável sua assistência pessoal e permanente ao enfermo e que esta não possa ser prestada simultaneamente com o exercício do cargo.

Art. 113 - O Procurador-Geral do Estado concederá a licença à vista do laudo de inspeção de saúde expedido pelo órgão estadual competente e das informações prestadas pelo Procurador do Estado.

Art. 114 - A licença de que trata o artigo 112 será concedida com remuneração integral até 3 (três) meses; excedendo esse prazo, com desconto de 2/3 (dois terços) e, sem remuneração, do décimo terceiro mês em diante.

Parágrafo único - Para os efeitos deste artigo, as licenças, pela mesma moléstia, com intervalos inferiores a 30 (trinta) dias, serão consideradas como prorrogação.

SEÇÃO IX

DA LICENÇA-PRÊMIO

Art. 115 - Ao Procurador do Estado que, por 1 (um) quinquênio ininterrupto, não se houver afastado do exercício de suas funções, é assegurado o direito à concessão de 3 (três) meses de licença-prêmio por assiduidade, com todas as vantagens do cargo como se nele estivesse em exercício.

§ 1º - O gozo de licença-prêmio será autorizado na forma prevista nesta lei para o gozo de férias.

§ 2º - A licença-prêmio poderá ser gozada no todo ou em parcelas não inferiores a 1 (um) mês.

232 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

SEÇÃO X

DA LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES

Art. 116 - Após 3 (três) anos de efetivo exercício, o Procurador do Estado poderá obter licença sem vencimentos para tratar de interesses particulares.

§ 1º - A licença não poderá ultrapassar 24 (vinte e quatro) meses, nem ser repetida antes de 2 (dois) anos de seu término ou interrupção na forma do § 4º.

§ 2º - A licença será negada pelo Procurador-Geral do Estado quando inconveniente ao interesse do serviço.

§ 3º - O deferimento da licença dependerá de pronunciamento favorável do Conselho Superior.

§ 4º - O Procurador do Estado poderá desistir da licença a qualquer tempo.

§ 5º - O Procurador do Estado requerente, salvo motivo de imperiosa necessidade, a juízo do Procurador-Geral do Estado, deverá aguardar em exercício a concessão da licença.

SEÇÃO XI

DA LICENÇA PARA QUALIFICAÇÃO PROFISSIONAL

Art. 117 - A qualificação profissional constitui prerrogativa inerente ao cargo de Procurador do Estado, que poderá obter licença do Procurador-Geral do Estado para afastar-se de suas funções, com ou sem prejuízo dos vencimentos, a fim de, no País ou no Exterior, observada a regulamentação própria:

I - freqüentar cursos de aperfeiçoamento e pós-graduação;

II - participar de congressos, simpósios ou outras promoções similares.

Parágrafo único - A licença para freqüentar cursos de pós-graduação somente poderá ser concedida ao Procurador do Estado com mais de 3 (três) anos de efetivo exercício no cargo e dependerá de deliberação do Conselho Superior.

SEÇÃO XII

DA LICENÇA PARA CASAMENTO OU POR LUTO

Art. 118 - Serão concedidos, com todas as vantagens, até 8 (oito) dias de licença ao Procurador do Estado que:

I - contrair matrimônio;

II - perder, por falecimento, ascendente, descendente, padrasto, madras-ta, cônjuge, companheiro, sogro, enteado, menor sob guarda ou tutela e irmão.

Parágrafo único - As licenças de que trata o *caput* independem de requerimento escrito e serão concedidas pelo Procurador do Estado Coordenador, à vista da respectiva certidão.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **233**

SEÇÃO XIII

DA LICENÇA PARA ACOMPANHAR O CÔNJUGE OU COMPANHEIRO

Art. 119 - O Procurador do Estado terá direito à licença sem vencimentos quando seu cônjuge ou companheiro, independentemente de solicitação, for transferido para o exterior ou para município situado em outro Estado.

§ 1º - A licença será concedida mediante requerimento devidamente instruído e vigorará pelo tempo em que perdurar o afastamento do cônjuge ou companheiro, ressalvado o disposto no artigo seguinte, devendo ser renovada de 2 (dois) em 2 (dois) anos, sem que possa exceder, no entanto, 10 (dez) anos.

§ 2º - Durante a licença de que trata o artigo, o Procurador do Estado não contará tempo de serviço para qualquer efeito.

Art. 120 - Cessado o motivo da licença, ou concluído o período desta sem que tenha sido requerida a sua renovação, o Procurador do Estado deverá reassumir o exercício no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

SEÇÃO XIV

DA ASSISTÊNCIA A FILHO PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS

Art. 121 - Ao Procurador do Estado pai, mãe ou responsável por portador de necessidades especiais, físicas ou mentais, em tratamento, fica assegurada, quando necessária, a redução de 50% (cinquenta por cento) de sua carga de trabalho, na forma da lei.

TÍTULO V

DEVERES E RESPONSABILIDADES

CAPÍTULO I

DOS DEVERES

Art. 122 - O Procurador do Estado deverá manter conduta compatível com a dignidade de seu cargo e zelar pelo prestígio da carreira, incumbindo-lhe, especialmente:

- I - ser leal às instituições que representar;
- II - tratar com urbanidade os colegas Procuradores do Estado, os servidores e o público em geral;
- III - residir no município da respectiva sede de lotação ou designação, salvo autorização diversa da Corregedoria-Geral;

234 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

IV - comparecer pessoalmente, com a regularidade que a natureza do serviço exigir, às repartições administrativas e judiciárias em que deva exercer suas funções ou praticar atos de sua competência, comunicando *incontinenti* ao Procurador do Estado Dirigente de Equipe ou Procurador do Estado Coordenador os motivos pelos quais eventualmente não possa fazê-lo ou não possa tomar providências sujeitas a prazo;

V - desempenhar com zelo e presteza, dentro dos prazos legais e regulamentares, as atribuições do cargo e os serviços que lhe forem cometidos;

VI - comparecer às reuniões dos órgãos colegiados da Procuradoria-Geral do Estado aos quais pertencer;

VII - zelar pela regularidade e celeridade dos processos administrativos e judiciais em que intervenha;

VIII - guardar sigilo sobre fatos ou informações de natureza reservada de que tenha conhecimento em razão do cargo ou função;

IX - representar ou comunicar ao Procurador do Estado Dirigente de Equipe, ou Procurador do Estado Coordenador ou Procurador do Estado Corregedor a respeito de irregularidade no serviço público estadual de que venha a tomar conhecimento;

X - declarar-se suspeito ou impedido, quando for o caso, informando o Procurador do Estado Dirigente de Equipe ou Procurador do Estado Coordenador os motivos de quaisquer natureza invocados, a serem por estes comunicados ao Conselho Superior;

XI - prestar as informações solicitadas pelos Procuradores do Estado Dirigentes de Equipe, Procuradores do Estado Coordenadores e órgãos superiores da Procuradoria-Geral;

XII - relacionar ao Procurador do Estado Dirigente de Equipe ou ao Procurador do Estado Coordenador as audiências designadas e os processos administrativos ou judiciais com providências a serem adotadas, sempre que se afastar do exercício do cargo nas hipóteses autorizadas nesta lei.

Art. 123 - Ao Procurador do Estado, além das vedações previstas na Constituição Estadual, aplicam-se as proibições comuns aos servidores públicos estaduais, no que couber.

CAPÍTULO II DAS CORREIÇÕES

Art. 124 - Os serviços da Procuradoria-Geral do Estado estão sujeitos a correições, que serão:

- I - permanentes;
- II - ordinárias;
- III - extraordinárias.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **235**

§ 1º - As correições permanentes serão realizadas pelo Procurador-Geral do Estado e pelos órgãos de direção da Procuradoria-Geral do Estado no exercício regular de suas funções, com comunicação imediata à Corregedoria-Geral acerca de eventuais faltas de atuação de Procurador do Estado.

§ 2º - As correições ordinárias e extraordinárias serão realizadas pela Corregedoria-Geral, observada a forma e a época fixadas em Regimento.

CAPÍTULO III DAS NORMAS DISCIPLINARES

SEÇÃO I DAS PENALIDADES E SUA APLICAÇÃO

Art. 125 - O Procurador do Estado está sujeito às seguintes penalidades disciplinares:

- I - repreensão;
- II - censura;
- III - suspensão;
- IV - demissão;
- V - cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Art. 126 - A penalidade de repreensão, imposta pessoalmente, sempre por escrito e em caráter reservado, será aplicada quando ocorrer:

- I - negligência no exercício das atribuições funcionais;
- II - desrespeito às determinações e instruções dos Procuradores do Estado Dirigentes de Equipe, Procuradores do Estado Coordenadores e órgãos superiores da Procuradoria-Geral do Estado;
- III - infrações funcionais de natureza leve.

Parágrafo único - A penalidade de repreensão não constará dos assentamentos funcionais.

Art. 127 - A penalidade de censura, imposta sempre por escrito e em caráter reservado, será aplicada nos casos de:

- I - negligência reiterada;
- II - violação intencional dos deveres funcionais;
- III - reincidência em falta punida com a penalidade de repreensão.

Art. 128 - A penalidade de suspensão será aplicada nas hipóteses de:

- I - afastamento do exercício do cargo fora dos casos previstos em lei, salvo se cominada penalidade mais grave;
- II - prática de ato incompatível com a dignidade do cargo ou da função;
- III - reincidência em falta punida com a penalidade de censura.

236 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

§ 1º - A penalidade de suspensão, que não excederá a 90 (noventa) dias, acarretará a perda de 50% (cinquenta por cento) dos vencimentos e da contagem total do tempo de serviço nesse período, não podendo coincidir com férias ou licença, a qualquer título.

§ 2º - Serão consideradas atenuantes, na aplicação da penalidade de suspensão, a ausência de antecedentes disciplinares, a prestação de bons serviços à Procuradoria-Geral do Estado, bem como ter sido cometida a falta na defesa de garantia ou prerrogativa funcional.

Art. 129 - Por conveniência do serviço a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, permanecendo o Procurador do Estado em exercício, com direito a 2/3 (dois terços) dos vencimentos e sem interrupção da contagem de tempo de serviço.

Art. 130 - A penalidade de demissão será aplicada nos casos de:

I - abandono de cargo, assim considerada a interrupção injustificada do exercício das funções por mais de 30 (trinta) dias consecutivos ou 60 (sessenta) intercalados no período de 12 (doze) meses;

II - violação das proibições constitucionais referidas no artigo 123 desta lei;

III - improbidade administrativa;

IV - condenação por crime contra a administração e fé públicas, cuja natureza e configuração incompatibilize para o exercício do cargo;

V - condenação à pena privativa de liberdade, por crime cometido com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública;

VI - ofensa física contra qualquer pessoa, cometida em serviço, salvo se em legítima defesa própria ou de terceiro.

§ 1º - A penalidade de demissão somente poderá ser aplicada com base em processo administrativo-disciplinar ou em sentença judicial.

§ 2º - A penalidade de demissão será aplicada com a cláusula "a bem do serviço público" nas hipóteses dos incisos III, IV e V deste artigo.

§ 3º - A aplicação da penalidade de demissão será comunicada à Ordem dos Advogados do Brasil.

Art. 131 - A reincidência caracterizar-se-á com o cometimento de falta disciplinar, após a aplicação de penalidade definitiva, por fato a que se comine penalidade de igual natureza ou mais grave.

Parágrafo único - A reincidência só opera efeitos se a segunda falta disciplinar for cometida antes de transcorridos 2 (dois) anos da aplicação da penalidade anterior, definitiva.

Art. 132 - Deverão constar do assentamento individual do Procurador do Estado as penalidades que lhe forem impostas, exceto a de repreensão, sendo vedada a identificação nominal por ocasião da publicação da portaria respectiva, a não ser nos casos de demissão ou de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Parágrafo único - É vedado fornecer a terceiros certidões relativas às penalidades referidas nos incisos II e III do artigo 125, salvo para a defesa de direito.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **237**

Art. 133 - Será cassada a aposentadoria ou disponibilidade do Procurador do Estado, mediante processo administrativo-disciplinar, em virtude de ato praticado quando ainda em atividade, nos casos em que esta lei comina penalidade de demissão.

Art. 134 - Para a aplicação das penalidades disciplinares são competentes:

I - o Governador do Estado, em se tratando de penalidade de demissão ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

II - o Procurador-Geral do Estado, em qualquer hipótese, ressalvada a competência do Governador do Estado;

III - o Corregedor-Geral, nos casos de repreensão.

SEÇÃO II DA PRESCRIÇÃO DA APLICAÇÃO E DA EXECUÇÃO DAS PENALIDADES

Art. 135 - A aplicação das penalidades referidas no artigo 125 prescreve nos seguintes prazos:

I - em 90 (noventa) dias, a de repreensão;

II - em 6 (seis) meses, a de censura;

III - em 1 (um) ano, a de suspensão;

IV - em 3 (três) anos, as de demissão e de cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º - A data do conhecimento do fato por superior hierárquico, ou a data do respectivo relatório de correição ou inspeção, quando for o caso, constitui o termo inicial dos prazos de que trata este artigo.

§ 2º - Quando as faltas constituírem, também, fato delituoso, a prescrição será regulada pela lei penal.

§ 3º - A prescrição será objeto de:

I - interrupção, começando o prazo a correr, novamente, por inteiro, a partir da data da instauração de processo administrativo-disciplinar;

II - suspensão, continuando o prazo a correr, no seu restante, enquanto não resolvida, em outro processo de qualquer natureza, questão de que dependa o reconhecimento da transgressão.

Art. 136 - A execução das penalidades previstas nos incisos I, II e III do artigo 125 prescreve em 1 (um) ano a contar da data da decisão irrecorrível.

SEÇÃO III DO PROCEDIMENTO DISCIPLINAR

Art. 137 - O Procurador-Geral do Estado, os Procuradores-Gerais Adjuntos, o Corregedor-Geral, o Corregedor-Geral Adjunto, os Procuradores do Estado

238 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

Coordenadores, os Procuradores do Estado Coordenadores Adjuntos, os Procuradores do Estado Corregedores e os Procuradores do Estado Dirigentes de Equipe que tiverem conhecimento de irregularidades ou faltas funcionais praticadas por Procurador do Estado tomarão as medidas necessárias no sentido de promover a sua apuração.

Parágrafo único - Qualquer pessoa poderá reclamar a apuração de responsabilidade de Procurador do Estado, mediante representação escrita dirigida ao Corregedor-Geral ou ao Procurador-Geral do Estado.

Art. 138 - A apuração das infrações será feita mediante sindicância ou processo administrativo-disciplinar, ressalvando-se as infrações puníveis com repressão, que serão apuradas mediante procedimento administrativo sumário, observada a ampla defesa.

Parágrafo único - Referindo-se o processo administrativo-disciplinar ou a sindicância à falta cometida no exercício da advocacia, será cientificada a Ordem dos Advogados do Brasil.

SEÇÃO IV DA SINDICÂNCIA

Art. 139 - A sindicância será realizada como condição para a aplicação das penalidades previstas nos incisos II e III do artigo 125, ou quando a falta funcional não se revelar evidente ou for incerta a sua autoria.

Art. 140 - O Procurador-Geral do Estado ou o Corregedor-Geral, ao determinar a sindicância, poderá, de acordo com a natureza da irregularidade, designar 1 (um) ou mais Procuradores do Estado, até o máximo de 3 (três), para realizá-la, mediante portaria a ser publicada no Diário Oficial do Estado.

§ 1º - Tratando-se de comissão, a portaria indicará o seu presidente, que deverá ser o Corregedor-Geral, se dela fizer parte, ou necessariamente outro integrante da Corregedoria-Geral.

§ 2º - Quando se tratar de 1 (um) só Procurador do Estado designado, necessariamente integrante da Corregedoria-Geral, este praticará todos os atos de competência da comissão.

Art. 141 - Na realização da sindicância, observar-se-á o seguinte procedimento:

I - a comissão, ou o sindicante, em sigilo, verificará os fatos e as circunstâncias em que os mesmos ocorreram, inquirindo o autor da representação, se houver, e as testemunhas, e apreciará os documentos que possam esclarecer a informação;

II - a seguir, ouvirá o indiciado, assinando-lhe o prazo de 5 (cinco) dias para produzir justificção ou defesa, possibilitando-lhe apresentar provas, arrolar testemunhas, até o máximo de 5 (cinco), oferecer alegações escritas e juntar documentos;

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **239**

III - colhidas as provas, em 10 (dez) dias, o sindicante, ou a comissão, em idêntico prazo, submeterá relatório ao Conselho Superior;

IV - de posse do relatório, e à vista do processo, o Conselho Superior, no prazo de 20 (vinte) dias, pronunciar-se-á, remetendo o processo à consideração do Procurador-Geral do Estado, que, no prazo de 10 (dez) dias, proferirá decisão, caso não determinadas novas diligências.

Art. 142 - A sindicância será realizada em 90 (noventa) dias, salvo motivo plenamente justificado.

Art. 143 - Aplicam-se à sindicância, no que forem compatíveis, as normas do processo administrativo-disciplinar.

SEÇÃO V

DO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR

Art. 144 - O processo administrativo-disciplinar será instaurado por determinação do Governador do Estado ou do Procurador-Geral do Estado, para apurar a responsabilidade de Procurador do Estado, sempre que a imputação, verificada por meio de sindicância ou outro procedimento cabível, possa importar a aplicação das penalidades previstas nos incisos IV e V do artigo 125, assegurada ao indiciado ampla defesa.

Art. 145 - A comissão de processo administrativo-disciplinar será presidida pelo Corregedor-Geral, pelo Corregedor-Geral Adjunto ou por 1 (um) dos Procuradores do Estado Corregedores e integrada por mais 2 (dois) Procuradores do Estado, de classe igual ou superior a do indiciado.

Art. 146 - Os membros da comissão, salvo quando expressamente autorizados pelo Procurador-Geral do Estado, exercerão tais funções sem prejuízo das atribuições de seus cargos, respeitando sempre, como prioritário, o tempo dedicado às reuniões e audiências designadas pelo presidente.

Art. 147 - A comissão somente poderá funcionar com a presença da maioria de seus membros.

Art. 148 - O processo disciplinar deverá ser iniciado no prazo improrrogável de 5 (cinco) dias, contados do recebimento, pelo presidente da comissão, da portaria que o instaurou, e concluído em 60 (sessenta) dias, salvo prorrogação por prazo idêntico, à vista de requerimento motivado.

§ 1º - A não observância desses prazos não acarretará a nulidade do processo, importando, porém, quando não se tratar de sobrestamento, em responsabilidade administrativa de quem houver dado causa ao retardamento.

§ 2º - O sobrestamento do processo disciplinar somente poderá ocorrer em casos que impliquem absoluta impossibilidade de seu prosseguimento.

Art. 149 - Instaurado o processo, o presidente da comissão ordenará a citação do indiciado, devendo constar, no respectivo mandado, em resumo, as

240 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

irregularidades a apurar, o direito de constituir defensor e de, oportunamente, arrolar testemunhas e apresentar documentos, bem como dia, hora e local da audiência inicial, observado um intervalo mínimo de 5 (cinco) dias entre a citação e a audiência.

§ 1º - Na audiência, serão ouvidos o denunciante, o prejudicado, se houver, e o indiciado, nessa ordem.

§ 2º - Achando-se o indiciado ausente do lugar em que é realizado o processo, a citação poderá ser feita por via postal em carta com aviso de recebimento, juntando-se ao processo o comprovante.

§ 3º - Não sendo encontrado o indiciado ou ignorando-se o seu paradeiro, a citação se fará por edital, com prazo de 10 (dez) dias, inserido uma vez no Diário Oficial do Estado.

§ 4º - O prazo referido no artigo anterior será contado da publicação no Diário Oficial do Estado, certificando-se, no processo, a data da publicação, acompanhado da juntada de 1 (um) exemplar aos autos.

§ 5º - A citação pessoal, as intimações e as notificações serão feitas mediante a apresentação, ao destinatário, do instrumento correspondente, em 2 (duas) vias, para que, retendo uma, passe recibo com data na outra.

§ 6º - Caso o destinatário se recuse a receber a citação, notificação ou intimação, deverá o encarregado da diligência certificar o ocorrido, mencionando as circunstâncias do fato e fazendo, se possível, com que seja testemunhado.

§ 7º - O comparecimento do indiciado à audiência inicial suprirá a falta de citação ou a citação irregular.

Art. 150 - O indiciado, depois de citado, se mudar de residência ou dela ausentar-se por mais de 10 (dez) dias, deverá comunicar ao presidente da comissão onde poderá ser encontrado, sob penalidade de prosseguir o processo à sua revelia.

Art. 151 - Em caso de revelia, o processo prosseguirá com defensor designado pelo presidente da comissão.

Art. 152 - O indiciado poderá participar, pessoalmente ou por seu defensor, dos atos probatórios, requerendo o que julgar conveniente à defesa.

Parágrafo único - O indiciado poderá requerer ao presidente da comissão a designação de defensor dativo.

Art. 153 - Para todas as provas e diligências do processo deverá ser intimado, com antecedência mínima de 48 (quarenta e oito) horas, o indiciado ou seu defensor e o denunciante, se o requerer.

Art. 154 - O indiciado, dentro do prazo de 5 (cinco) dias após o interrogatório, poderá apresentar defesa prévia, requerer diligências, produzir prova documental e arrolar testemunhas, até o máximo de 7 (sete), as quais serão ouvidas no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único - O presidente da comissão poderá indeferir arguições ou diligências que visem apenas criar embaraços, prejudicar ou protelar o andamen-

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **241**

to do processo.

Art. 155 - Sempre que possível, os depoimentos das testemunhas serão tomados todos no mesmo dia, obedecendo-se à seguinte ordem: as testemunhas apresentadas pelo denunciante, pela comissão e, por último, pelo indiciado.

§ 1º - Se a comissão julgar necessário ou o indiciado requerer, poderão ser ouvidas pessoas a quem as testemunhas se referirem, bem como realizadas acareações.

§ 2º - Em casos especiais, a comissão poderá promover reinquirições.

§ 3º - Ressalvados os casos de proibição legal, serão testemunhas no processo disciplinar quaisquer pessoas, independentemente de idade, podendo recusar-se a depor parentes e afins em primeiro grau do indiciado.

Art. 156 - Não comparecendo as testemunhas da defesa e não sendo indicadas outras em substituição, no prazo de 3 (três) dias, prosseguir-se-á nos demais termos do processo.

Art. 157 - Os servidores públicos arrolados como testemunhas terão seu comparecimento para depor solicitado ao respectivo chefe, e os militares serão requisitados ao comando a que estejam subordinados.

Parágrafo único - Se arrolados como testemunhas o Governador do Estado, os Secretários de Estado, os Magistrados, os Deputados, os Prefeitos ou pessoas indicadas no art. 221 do Código de Processo Penal, serão ouvidos no local, dia e hora previamente ajustados entre eles e o presidente da comissão.

Art. 158 - As testemunhas serão inquiridas por intermédio do presidente da comissão, que poderá indeferir perguntas impertinentes.

Art. 159 - Poderá ser dispensado o depoimento de testemunhas se assim convierem o indiciado, a comissão e o denunciante.

Art. 160 - Durante o processo poderá o presidente da comissão ordenar qualquer diligência que tenha sido requerida ou se lhe afigurar necessária ou útil ao esclarecimento do fato, bem como ouvir outras testemunhas.

Art. 161 - A comissão poderá tomar conhecimento de novas imputações que surgirem contra o indiciado, vinculadas ao objeto do processo, caso em que o mesmo será delas cientificado, sendo-lhe permitido produzir outras provas em sua defesa.

Art. 162 - Havendo necessidade do concurso de técnicos ou peritos, o presidente da comissão poderá requisitá-los a quem de direito, inclusive a órgãos policiais, se assim julgar conveniente.

§ 1º - O indiciado poderá indicar perito assistente para, às suas expensas, acompanhar a perícia e apresentar laudo.

§ 2º - Os órgãos estaduais, sob pena de responsabilidade direta de seus titulares, atenderão com a máxima presteza às solicitações da comissão, devendo justificar a impossibilidade de atendimento quando ocorrer.

Art. 163 - A prova pericial consistirá em exame, vistoria e avaliação.

§ 1º - A comissão negará a perícia:

242 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

I - quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos ou peritos;

II - quando for dispensável, à vista de outras provas produzidas;

III - quando a verificação for impraticável em razão da natureza transitória do fato;

IV - quando a medida tiver caráter evidentemente protelatório.

§ 2º - Poderá o presidente da comissão:

I - indeferir quesitos impertinentes;

II - formular os que entender necessários ao esclarecimento do fato.

Art. 164 - O presidente da comissão fixará por despacho:

I - dia, lugar e hora em que terá início a diligência;

II - prazo para a entrega do laudo.

Art. 165 - Para a realização dos exames, o perito procederá livremente, podendo ouvir testemunhas e recorrer a outras fontes de informações.

Parágrafo único - O perito responderá os quesitos em laudo fundamentado, no qual mencionará tudo o que ocorrer na diligência.

Art. 166 - Se o perito, por motivo justificado, não puder concluir o laudo no prazo marcado, o presidente da comissão poderá conceder-lhe uma prorrogação de igual duração.

Art. 167 - A comissão não estará adstrita ao laudo pericial, podendo formar sua convicção com outros elementos ou fatos provados no processo.

Art. 168 - Na formação material do processo, serão observadas as seguintes normas gerais:

I - todos os termos, lavrados pelo secretário, terão forma processual tão resumida quanto possível;

II - toda juntada será feita tendo em vista a ordem cronológica da apresentação de documentos, mediante despacho do presidente da comissão;

III - cópia da ficha funcional do indiciado deverá integrar o processo;

IV - juntar-se-á, também após o competente despacho do presidente, o mandato que, revestido das formalidades legais, permitirá a intervenção de procurador do indiciado.

Art. 169 - Encerrada a instrução, o indiciado, por seu defensor, terá vista dos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, para apresentar alegações finais.

Parágrafo único - Havendo 2 (dois) ou mais indiciados, o prazo será comum e de 20 (vinte) dias.

Art. 170 - Findo o prazo do artigo anterior, a comissão apresentará o seu relatório no prazo de 10 (dez) dias.

§ 1º - No relatório, a comissão apreciará as irregularidades e as faltas funcionais imputadas ao indiciado, as provas colhidas, as razões da defesa, as disposições legais que entenda transgredidas, propondo a absolvição ou a punição, e, neste caso, a pena a ser aplicada.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **243**

§ 2º - Apresentado o relatório, a comissão automaticamente se dissolverá, recompondo-se independentemente de qualquer formalidade se o Procurador-Geral do Estado a convocar para quaisquer esclarecimentos ou diligências complementares.

Art. 171 - Recebido o relatório, e à vista do processo, o Conselho Superior, no prazo de 20 (vinte) dias, pronunciar-se-á, remetendo o processo à consideração do Procurador-Geral do Estado, ou do Governador do Estado, conforme o caso, para, no prazo de 20 (vinte) dias, ser proferida decisão.

§ 1º - A autoridade julgadora promoverá a intimação pessoal do indiciado e a publicação, no Diário Oficial do Estado, da decisão que proferir, e expedirá os atos decorrentes do julgamento, determinando as providências necessárias à sua execução.

§ 2º - Cumprido o disposto no parágrafo anterior, dar-se-á ciência da solução do processo ao autor da representação e à comissão, procedendo-se após ao seu arquivamento junto à Corregedoria-Geral.

Art. 172 - Quando ao indiciado se imputar crime contra a administração pública, o Procurador-Geral do Estado, ao determinar a instauração de processo disciplinar, comunicará o fato à autoridade competente para instaurar o inquérito policial.

Art. 173 - A absolvição no processo-crime a que for submetido o indiciado não determinará, necessariamente, a sua permanência ou retorno ao serviço público, se, em processo administrativo-disciplinar regular, tiver sido ou vier a ser demitido.

Art. 174 - Na sindicância e no processo administrativo-disciplinar, poderá ser argüida, fundamentadamente, suspeição, inclusive dos peritos, que se regerá pelas normas do direito processual penal, ou nulidade, durante ou após a instrução.

Art. 175 - Acarretarão a nulidade do processo:

I - instauração por autoridade incompetente;

II - falta de citação, notificação ou intimação na forma determinada nesta lei;

III - restrições à defesa do indiciado;

IV - recusa injustificada de promover a realização de perícias ou outras diligências necessárias ao esclarecimento do processo;

V - acréscimos ao processo, depois de elaborado o relatório da comissão sem nova vista ao indiciado;

VI - rasuras e emendas não ressalvadas em parte substancial do processo;

VII - os atos da comissão praticados apenas por 1 (um) dos seus membros.

Parágrafo único - Não se consideram acréscimos ao processo, para o efeito do inciso V, o pronunciamento do Conselho Superior, nem o respectivo encaminhamento à autoridade competente para aplicar a penalidade.

244 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

Art. 176 - As irregularidades processuais que não constituírem vícios substanciais suscetíveis de influir na apuração da verdade ou na decisão do processo administrativo-disciplinar ou sindicância, não determinarão a sua nulidade.

SEÇÃO VI DO PROCESSO DISCIPLINAR POR ABANDONO DE CARGO

Art. 177 - Quando o Procurador do Estado faltar ao serviço por mais de 30 (trinta) dias consecutivos ou 60 (sessenta) intercaladamente durante 1 (um) ano, o Procurador do Estado Coordenador encaminhará, ao Procurador-Geral do Estado, comunicação a respeito, com relatório de verificação sumária previamente realizada.

Art. 178 - O Procurador-Geral do Estado, apreciando o relatório de que trata o artigo anterior, proporá:

I - as medidas cabíveis ao encerramento do processo, se ficar provada a existência de força maior, coação ilegal ou circunstância ligada ao estado físico ou psíquico que contribua para não se caracterizar o abandono do cargo, ou que possa determinar a justificação das faltas;

II - a instauração de processo administrativo-disciplinar, se o Procurador do Estado for estável ou inexistirem provas das situações mencionadas no inciso anterior, ou, existindo, forem julgadas insatisfatórias.

Art. 179 - Mesmo ultrapassando 30 (trinta) faltas consecutivas, o Procurador do Estado terá o direito de reassumir o exercício do seu cargo, nele aguardando decisão final do processo, salvo se estiver com prisão ou suspensão preventiva decretada.

Art. 180 - Instaurado processo, mediante citação realizada na forma do artigo 149, o feito seguirá o rito estabelecido a partir desse artigo, caso o indiciado conteste o fato do abandono ou procure justificá-lo.

§ 1º - No caso de revelia, o processo prosseguirá com defensor nomeado.

§ 2º - Se a citação houver sido pessoal, limitar-se-á a 3 (três) o número de testemunhas da defesa e se reduzirão à metade os prazos do processo, exceto o estabelecido no artigo 154, primeira parte.

Art. 181 - Se o indiciado em abandono de cargo apresentar pedido de exoneração, será encerrado o processo, a juízo do Procurador-Geral do Estado, desde que o mesmo verse exclusivamente sobre o abandono e não seja o requerente indiciado em outros processos administrativo-disciplinares.

SEÇÃO VII DA SUSPENSÃO PREVENTIVA

Art. 182 - A pedido do presidente da comissão ou de ofício, poderá a autoridade instauradora do processo administrativo-disciplinar ordenar, em despa-

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **245**

cho motivado, a suspensão preventiva do indiciado até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta), desde que a sua permanência em exercício seja reputada inconveniente.

Art. 183 - O Procurador do Estado que houver sido suspenso preventivamente terá direito:

I - à contagem do tempo de serviço, relativo ao período em que tenha estado suspenso, quando do processo não houver resultado penalidade disciplinar, ou esta se limitar à repreensão ou censura;

II - à contagem, como tempo de exercício, do período de afastamento que exceder o prazo de suspensão disciplinar aplicada;

III - à percepção dos vencimentos, como se em exercício estivesse, sem prejuízo do disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único - Se o Procurador do Estado, suspenso previamente, vier a ser punido com suspensão, computar-se-á o tempo de suspensão preventiva para integrar o da penalidade, procedendo-se aos respectivos descontos no tempo de serviço e nos vencimentos.

SEÇÃO VIII DOS RECURSOS

Art. 184 - Ao Procurador do Estado é assegurado, no prazo de 15 (quinze) dias da intimação ou da publicação o direito de:

I - pedir reconsideração da penalidade aplicada pelo Governador do Estado;

II - recorrer, ao Governador do Estado, da penalidade aplicada pelo Procurador-Geral do Estado e, a este, se aplicada pelo Corregedor-Geral.

Parágrafo único - O recurso, na hipótese do inciso II deste artigo, terá efeito suspensivo.

CAPÍTULO IV DA REVISÃO

Art. 185 - A qualquer tempo e uma única vez, poderá ser requerida a revisão do processo administrativo-disciplinar de que haja resultado a imposição de penalidade, desde que:

I - a decisão tenha sido contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos;

II - a decisão se tenha fundamentado em depoimentos, exames ou documentos falsos ou viciados;

246 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

III - se tenham descoberto, após a decisão, provas da inocência do indiciado ou de circunstâncias que autorizariam a diminuição da penalidade imposta.

§ 1º - Serão indeferidos liminarmente os pedidos que não se fundarem nos casos enumerados neste artigo, bem como os que tiverem por base simples alegação de injustiça da penalidade.

§ 2º - Tratando-se de Procurador do Estado falecido, desaparecido ou incapacitado de requerer, a revisão poderá ser solicitada pelo cônjuge, companheiro, descendente, ascendente, irmão ou curador.

§ 3º - O pedido de revisão não tem efeito suspensivo.

Art. 186 - O pedido de revisão, devidamente instruído, inclusive com o rol das testemunhas, será dirigido à autoridade que impôs a penalidade, a quem caberá decidir sobre sua admissibilidade.

§ 1º - Se indeferido liminarmente, caberá recurso ou reconsideração.

§ 2º - Se admitido, será ele apensado ao processo original e encaminhado ao Procurador-Geral do Estado para constituir a respectiva comissão de revisão, a qual, no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, apresentará relatório ao Conselho Superior.

§ 3º - O Conselho Superior, no prazo de 30 (trinta) dias, se pronunciará, encaminhando o processo à autoridade que impôs a penalidade, para ser proferida decisão, no prazo de 10 (dez) dias.

§ 4º - A decisão não poderá acarretar o agravamento da penalidade.

Art. 187 - Julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do Procurador do Estado, exceto se resultar a aplicação de penalidade mais branda.

CAPÍTULO V DO CANCELAMENTO DE NOTAS

Art. 188 - As anotações registradas nos assentamentos funcionais do Procurador do Estado e relativas às penalidades de censura e suspensão poderão ser canceladas, por resolução do Conselho Superior, se o requerente não tiver sofrido nova punição, observados os seguintes prazos:

I - 3 (três) anos, no caso de censura;

II - 5 (cinco) anos, em caso de suspensão.

§ 1º - O termo inicial dos prazos a que se refere este artigo, recairá no dia imediato ao do cumprimento da penalidade.

§ 2º - O cancelamento das anotações relativas à penalidade de suspensão não implicará o pagamento de vencimentos ou vantagens, nem no cômputo do tempo de serviço correspondente ao período de cumprimento da penalidade.

RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002 - **247**

TÍTULO VI DO PROCEDIMENTO DE CONTROLE DA LEGALIDADE

Art. 189 - A apuração dos indícios da prática de irregularidades na administração pública estadual que chegam ao conhecimento da Procuradoria-Geral do Estado observará o seguinte procedimento:

I - O Procurador do Estado, tendo conhecimento de indícios da prática de irregularidades, encaminhará representação fundamentada ao Procurador do Estado Dirigente de Equipe ou Coordenador de Procuradoria a que estiver vinculado, o qual deverá pautar o tema na reunião subsequente do órgão colegiado respectivo;

II - A representação, admitida no âmbito do órgão colegiado, será encaminhada ao Procurador-Geral do Estado, o qual oficiará à autoridade responsável pelo ato, para que preste informações no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período, mediante justificativa;

III - Recebidas as informações, serão encaminhadas ao órgão colegiado no qual teve origem a representação que, examinando a resposta, opinará pela adoção das medidas necessárias à correção das irregularidades, inclusive ajuizamento da ação cabível, se for o caso, ou pelo arquivamento, em promoção dirigida ao Procurador-Geral do Estado para deliberação, o qual, em caso de se posicionar pelo arquivamento, remeterá o procedimento de controle da legalidade ao exame do Conselho Superior.

Parágrafo único - As representações que não sejam de iniciativa de Procurador do Estado, relativas a irregularidades na administração pública estadual e que sejam recebidas na Procuradoria-Geral do Estado, serão encaminhadas ao órgão de execução ao qual competir a representação judicial e a consultoria jurídica em matéria de probidade administrativa, observando-se, quanto ao mais, o disposto nos incisos II e III.

TÍTULO VII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 190 - O cônjuge ou companheiro do Procurador do Estado, quando servidor público estadual, será removido ou designado, se o requerer, para a sede do município ou da região onde este tiver exercício, sem prejuízo de quaisquer direitos ou vantagens.

§ 1º - Não havendo vaga nos quadros da respectiva repartição, será o cônjuge ou o companheiro posto à disposição de outro serviço público estadual.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica ao cônjuge ou companheiro de Procurador do Estado que for Magistrado ou membro do Ministério Público.

248 - RPGE, Porto Alegre 25(55): 197-249, 2002

Art. 191 - Os proventos dos servidores aposentados em cargos de Consultor Jurídico e de Advogado de Ofício serão sempre revistos tendo como referência os cargos de Procurador do Estado da classe correspondente.

Art. 192 - É assegurada a concessão de aposentadoria aos Procuradores do Estado que tenham ingressado no serviço público estadual até a data da publicação da Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998, na forma do disposto nos artigos 3º, 4º e 8º, incisos I, II e III e parágrafo 1º, incisos I e II, da referida Emenda Constitucional.

Art. 193 - A alteração do escalonamento vertical previsto no artigo 83 desta lei, quando necessária para preservar a correspondência fixada no artigo 116, § 1º, inciso IV, da Constituição Estadual, poderá ser implementada mediante lei ordinária.

Art. 194 - As funções de que tratam o artigo 2º, inciso XVII, e o artigo 4º, inciso III, serão plenamente implementadas até 31 de dezembro de 2003.

Art. 195 - Nos casos em que esta lei for omissa, aplica-se, no que couber, o Estatuto e Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis do Estado e legislação concernente.

Art. 196 - Revogam-se as disposições em contrário, em especial o artigo 4º da Lei estadual n.º 7.361, de 12 de março de 1980, a Lei estadual n.º 9.410, de 28 de outubro de 1991, e a Lei estadual n.º 7.705, de 21 de setembro de 1982, e suas alterações, exceto o disposto no artigo 43.

Art. 197 - As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 198 - Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO PIRATINI, em Porto Alegre, 17 de janeiro de 2002.

OLÍVIO DUTRA,
Governador do Estado
Secretário de Estado da Justiça e da Segurança.
Procurador-Geral do Estado.
Registre-se e publique-se.
Deputado Estadual FLÁVIO KOUTZII,
Secretário Extraordinário para Assuntos da Casa Civil
Expediente n.º 26235-10.00/01.4
PUBLICADO NO DOE Nº 013, DE 18.1.2002



